This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 057 573 503

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Aug. 15, 1901.

Digitized by Google

Kommentar

zur

Civilprozeßordnung

für das Deutsche Reich

und zum Einführungsgesetze

vom 30. Januar 1877.

Von

Dr. Lothar Seuffert,
o. ö. Professor zu Würzburg
(München).

Siebente, verbesserte Auflage.

München 1895
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
Oskar Beck.

Digitized by Google

Rec. Aug. 15, 1901.

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Digitized by Google

Aus dem Vorwort zur fünften Auflage.

Als ich vor vierzehn Jahren daran ging, eine Erläuterung der deutschen Civilprozeßordnung zu schreiben, setzte ich mir als Ziel, ein Handbuch für die ausübenden Juristen zu liefern, das die Verbindung zwischen der Theorie und der Praxis des Prozeßrechts herstellte. Ich sagte in dem Vorworte zur ersten Auflage: Nach meiner Überzeugung ist eine lediglich von praktischen Gesichtspunkten geleitete, die Theorie bei Seite lassende Gesetzeserläuterung für den denkenden Praktiker nicht ausreichend. Deutschlands Juristen sind nicht gewöhnt, Theorie und Praxis als unvereinbare Gegensätze zu betrachten, und sollen sich nicht daran gewöhnen.

Dieses Ziel blieb auch bei den folgenden Auflagen unverrückt. Die wachsende Beachtung des Buchs durch die Praktiker dürfte den Beweis erbracht haben, daß das Ziel nicht falsch gesteckt war.

In den ersten Auflagen nahmen die Anführungen aus den Motiven des Gesetzentwurfs und aus den Protokollen der Reichstagskommission einen verhältnismäßig großen Platz ein. Diese Anführungen wurden in den späteren Auflagen stark gekürzt und mit den Erläuterungen enger verwoben. Dagegen erforderte die seit den ersten Auflagen stark angewachsene Litteratur einen immer breiteren Raum. Sollte die Erläuterung ein Handbuch sein, so mußte diese Litteratur nicht bloß angegeben, sondern auch verarbeitet werden. Ich war bemüht, die Litteratur außerhalb der Kommentare möglichst vollständig zusammenzustellen und für die Erläuterung zu verwerten. Vielfach bot die Litteratur die Veranlassung zu weiterer theoretischer Vertiefung. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, des bayerischen obersten Landesgerichts und der Oberlandesgerichte wurden, soweit die Urteile mit Entscheidungsgründen veröffentlicht sind, überall berücksichtigt und nicht selten mit kritischen Bemerkungen versehen. Sprüche, die ohne die Gründe veröffentlicht wurden, habe ich nicht citiert, weil deren Nachprüfung und Beurteilung unmöglich und blindes Nachtreten der Präjudizien von Übel ist.

Digitized by Google

Zahlreich sind die Punkte, wo sich das Prozeßrecht mit dem materiellen Rechte berührt. Bei der Erläuterung des Prozeßgesetzes faßte ich in erster Linie das gemeine Recht einschließlich des Handelsrechts ins Auge; aber auch die wichtigeren Partikularrechte, namentlich das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, wurden herangezogen.

August 1890.

Vorwort zur siebenten Auflage.

Aufs neue habe ich meine Erläuterungen zur deutschen Civilprozeßordnung durchgearbeitet. Die Gesetzgebung, Litteratur und Rechtsprechung habe ich sorgfältig nachgetragen, die Rechtsprechung aus dem im obigen Vorworte angegebenen Grunde wieder nur, soweit sie mit Entscheidungsgründen veröffentlicht ist. Auch die Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich wurden berücksichtigt. Die wiederholte Prüfung gab aber nicht bloß zu Zusätzen, sondern auch zu Änderungen Anlaß.

Um das Buch nicht allzusehr anschwellen zu lassen, habe ich manche Ausführung gekürzt und auf diese Weise Raum für neue Erläuterungen gewonnen. Dennoch und obgleich ich mich möglichster Kürze des Ausdrucks befleißigte, ist das Buch wieder um fast drei Bogen gewachsen.

Daß dieser nicht bloß die Praxis, sondern auch die Theorie des Prozeßrechts darstellende Kommentar der erste ist, der die Vollendung seiner siebenten Auflage erlebt, darf ich wohl mit dankbarer Befriedigung erwähnen.

Würzburg, Juni 1895.

L. Seuffert.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis.

Vorwort		Seite	III
Inhaltsverzeichnis		„	V
Abkürzungen		„	VII
Nachträge und Berichtigungen		„	VIII
Einleitung.			
I. Äußere Geschichte der Civilprozeßordnung		„	IX
II. Die Benutzbarkeit der Vorarbeiten für die Auslegung		„	XVIII
III. Das Verhältnis der Civilprozeßordnung zum Gerichtsverfassungsgesetze		„	XIX
IV. Litteratur zur Civilprozeßordnung		„	XXI

Civilprozeßordnung.

Erstes Buch.

Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.	Gerichte.				
Erster Titel.	Sachliche Zuständigkeit der Gerichte	§§	1— 11	„	1
Zweiter Titel.	Gerichtsstand	§§	12— 37	„	13
Dritter Titel.	Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte	§§	38— 40	„	53
Vierter Titel.	Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen	§§	41— 49	„	58
Zweiter Abschnitt.	Parteien.				
Erster Titel.	Prozeßfähigkeit	§§	50— 55	„	66
Zweiter Titel.	Streitgenossenschaft	§§	56— 60	„	83
Dritter Titel.	Beteiligung Dritter am Rechtsstreite	§§	61— 73	„	93
Vierter Titel.	Prozeßbevollmächtigte und Beistände	§§	74— 86	„	120
Fünfter Titel.	Prozeßkosten	§§	87—100	„	135
Sechster Titel.	Sicherheitsleistung	§§	101—105	„	155
Siebenter Titel.	Armenrecht	§§	106—118	„	161
Dritter Abschnitt.	Verfahren.				
Erster Titel.	Mündliche Verhandlung	§§	119—151	„	170
Zweiter Titel.	Zustellungen.	§§	152—190	„	211
Dritter Titel.	Ladungen, Termine und Fristen	§§	191—207	„	249
Vierter Titel.	Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	§§	208—216	„	268
Fünfter Titel.	Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens	§§	217—229	„	280

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt.	Verfahren vor den Landgerichten.				
Erster Titel.	Verfahren bis zum Urteile	§§	230—271	„	298
Zweiter Titel.	Urteil	§§	272—294	„	388
Dritter Titel.	Versäumnisurteil	§§	295—312	„	424
Vierter Titel.	Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen	§§	313—319	„	448
Fünfter Titel.	Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme	§§	320—335	„	453
Sechster Titel.	Beweis durch Augenschein	§§	336—337	„	465
Siebenter Titel.	Zeugenbeweis	§§	338—366	„	466
Achter Titel.	Beweis durch Sachverständige	§§	367—379	„	496

Digitized by Google

Neunter Titel.	Beweis durch Urkunden	§§ 380—409	Seite 508
Zehnter Titel.	Beweis durch Eid	§§ 410—439	„ 540
Elfter Titel.	Verfahren bei der Abnahme von Eiden	§§ 440—446	„ 579
Zwölfter Titel.	Sicherung des Beweises	§§ 447—455	„ 582
Zweiter Abschnitt.	Verfahren vor den Amtsgerichten	§§ 456—471	„ 587

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

Erster Abschnitt.	Berufung	§§ 472—506	„ 599
Zweiter Abschnitt.	Revision	§§ 507—529	„ 649
Dritter Abschnitt.	Beschwerde	§§ 530—540	„ 689

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens		§§ 541—554	„ 707

Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß		§§ 555—567	„ 728

Sechstes Buch.

Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.	Verfahren in Ehesachen	§§ 568—592	„ 750
Zweiter Abschnitt.	Verfahren in Entmündigungssachen	§§ 593—627	„ 771

Siebentes Buch.

Mahnverfahren		§§ 628—643	„ 794

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.	Allgemeine Bestimmungen	§§ 644—707	„ 816
Zweiter Abschnitt.	Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.		
Erster Titel.	Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.		
	I. Allgemeine Bestimmungen	§§ 708—711	„ 896
	II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen	§§ 712—728	„ 908
	III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte	§§ 729—754	„ 924
Zweiter Titel.	Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen	§§ 755—757	„ 953
Dritter Titel.	Verteilungsverfahren	§§ 758—768	„ 956
Dritter Abschnitt.	Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen	§§ 769—779	„ 963
Vierter Abschnitt.	Offenbarungseid und Haft	§§ 780—795	„ 978
Fünfter Abschnitt.	Arrest und einstweilige Verfügungen	§§ 796—822	„ 986

Neuntes Buch.

Aufgebotsverfahren		§§ 823—850	„ 1019

Zehntes Buch.

Schiedsrichterliches Verfahren		§§ 851—872	„ 1037

Einführungsgesetz.

		§§ 1—23	„ 1057
Wort- und Sachregister			„ 1079

Digitized by Google

Abkürzungen.

Abw. = abweichend.
AG. = Ausführungsgesetz.
AGO. = preuß. Allgemeine Gerichtsordnung.
ALR. = preuß. Allgemeines Landrecht.
AM. = Anderer Meinung.
Arch. f. c. Pr. = Archiv für civilistische Praxis.
Arch. f. ö. R. = Archiv für öffentliches Recht. Herausgegeben von Laband.
Arch. f. pr. RW. = Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft.
Bad. Ann. = Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.
Beitr. z. E. d. DR. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Herausgegeben von Rassow und Künzel.
Bl. f. RA. = Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Bl. f. RPfl. i. Th. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Neue Folge.
BG. = Bundesgesetz.
CBl. f. d. DR. = Centralblatt für das Deutsche Reich.
EG. = Einführungsgesetz.
Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig, Veit u. Komp.
Entw. I = Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1871. S. Einl. S. XIV N. ***.
Entw. II = Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung. Berlin 1872. S. Einl. S. XV N. **.
Entw. III oder Entw. = Entwurf einer Civilprozeßordnung, Vorlage an den Reichstag. S. Einl. S. XVI N. *.
Entw. I e. BGB. = Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888.
Entw. II e. BGB. = Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Berlin 1892/1893.
Entw. e. EG. z. BGB. = Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1888.
GA. f. GV. = Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher.
Gew.O. = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in der Fassung der Bekanntmachung v. 1. Juli 1883.
GKG. = Gerichtskostengesetz.
GO. f. GV. = Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher.
GO. f. RA. = Gebührenordnung für Rechtsanwälte.
GO. f. Z. u. S. = Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.
GV. = Gerichtsvollzieher.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
Hann. Entw. = hannoverscher Entwurf. S. Einl. S. XI N. *.
Hann. Prot. = Protokolle der hannoverschen Kommission. S. Einl. S. XI N. *.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
JK. d. R. = Justizkommission des Reichstags. S. Einl. S. XVI f.
JMBl. = Justizministerialblatt.
Jur. W. = Juristische Wochenschrift.
K. f. HS. = Kammer für Handelssachen.
KG. = Kammergericht.
Kab.O. = Kabinetsordre.
KO. = Konkursordnung.
KPr. = Protokolle der Justizkommission des Reichstags, zur Civilprozeßordnung. S. Einl. S. XVII N. *.
Kr. VJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift.
LG. = Landgericht.
Mag. f. DR. = Magazin für das Deutsche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Böhlker.
Meckl. Ztschr. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Budde und Birkmeyer.
Mot. = Motive zu Entwurf III. S. Einl. S. XVI N. **.
Nordd. Entw. = norddeutscher Entwurf. S. Einl. S. XIII N. **.
Nordd. Prot. = Protokolle der norddeutschen Kommission. S. Einl. S. XIII N. **.
Nürnb. Entw. = Entwurf e. Gesetzes über Gewährung der Rechtshülfe. 1861.
Ob. LG. = oberstes Landesgericht in Bayern.
OLG. = Oberlandesgericht.

Digitized by Google

OTr. = Obertribunal zu Berlin.
Preuß. Entw. = preußischer Entwurf. S. Einl. S. XII N. **.
RAbsch. = Reichsabschied.
RAnz. = Reichsanzeiger.
RAO. = Rechtsanwaltsordnung.
RG. = Reichsgericht oder Reichsgesetz.
ROHG. = Reichsoberhandelsgericht.
SA. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Herausgegeben von Hoffmann und Wülfert.
StrGB. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
StrPrO. = Strafprozeßordnung.
VO. = Verordnung.
Wallm. Jur. Z. = Wallmanns deutsche Juristenzeitung.
WO. = Wechselordnung.
Ztschr. f. d. CPr. = Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß. Herausgegeben von Busch, jetzt von Schultzenstein und Vierhaus.
Ztschr. f. GV. = Zeitschrift für Gerichtsvollzieher. Berlin. Siemenroth.
Ztschr. f. Pr. u. d. R. = Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Herausgegeben von Grünhut.
Ztschr. f. R. u. LR. = Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht. Herausgegeben von Hauser.

Die unten S. XXI, XXII aufgeführten Kommentare sind mit dem Namen der Verfasser, und zwar die Kommentare von v. Bülow, Gaupp und Reincke nach der **zweiten Auflage**, der Kommentar von Petersen bis zu § 58 nach der **dritten**, von da an nach der **zweiten Auflage**, der Kommentar von Struckmann und Koch nach der **sechsten Auflage**, der Kommentar von Wilmowski und Levy nach der **sechsten Auflage** citiert.

Nachträge und Berichtigungen.

S. 21 Z. 3 v. u. ist statt „1863" zu lesen: 1865.
S. 23 Z. 12 v. o. ist statt „20. Okt." zu lesen: 23. Okt.
S. 47 Z. 17 v. o. ist nach „Wach I S. 479" beizufügen: Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 475.
S. 54 Z. 12 v. o. ist statt „mit dem Urteile" zu lesen: will dem Urteile.
S. 65 Z. 20 v. u. ist statt „§ 547" zu lesen: § 47.
S. 69 Z. 4 v. u. ist nach „Person" einzufügen: über.
S. 131 Z. 14 v. u. ist nach „S. 107" beizufügen: und Neubauer Ztschr. f. d. CPr. XXI S. 57.
S. 136 Z. 5 v. u. ist nach „Nr. 292]" einzufügen: Auch die Auslagen für Rechtsgutachten gehören zu den Prozeßkosten; ob es notwendige Kosten sind, ist nach freiem Ermessen zu entscheiden [bay. ob. LG. SA. Nr. S. 125].
S. 140 nach Z. 14 v. o. ist einzufügen: Litteratur: Reinhold Ztschr. f. d. CPr. XXI S. 29 ff.
S. 168 nach Z. 3 v. o. ist einzufügen: Litteratur: Raddatz Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 289 ff.
S. 168 Z. 20 v. u. ist nach „Nr. 297" beizufügen: OLG. Jena SA. L Nr. 126.
S. 169 Z. 18 v. u. ist statt „GVG." zu lesen: GKG.
S. 201 Z. 15 v. o. ist nach „S. 98" beizufügen: OLG. Hamburg SA. L Nr. 127.
S. 201 Z. 16 v. o. ist statt „litt. a" zu lesen: litt. h.
S. 203 Z. 8 v. o. ist statt „Wilm. Levy N. 1" zu lesen: Wilm. Levy N. 3.
S. 271 Z. 1 v. u. ist beizufügen: Hergenhahn Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 332 ff,
S. 316 Z. 17 v. u. ist nach „S. 295" beizufügen: Hellmann Arch. f. c. Pr. LXXXIV S. 136 ff.
S. 324 Z. 4 v. u. ist nach „S. 464 f." beizufügen: OLG. Hamburg SA. L Nr. 127.
S. 342 Z. 17 v. o. ist statt „ihm" zu lesen: dem Kläger.
S. 342 Z. 19. v. o. ist nach „S. 421" beizufügen: OLG. Breslau SA. L Nr. 129.
S. 352 Z. 17 v. u. ist statt „§ 694" zu lesen: § 654.
S. 377 Z. 12 v. u. ist nach „S. 1138" beizufügen: 31. Mai 1894 SA. L Nr. 130.
S. 467 Z. 13 v. o. ist beizufügen: Vgl. a. Grisebach Ztschr. f. d. CPr. XXI S. 41 ff.
S. 561 Z. 1 v. o. ist statt „§ 229" zu lesen: § 429.
S. 576 Z. 20 v. u. ist statt „Code de proc." zu lesen: Code civ.
S. 589 Z. 10 v. o.: Struckm. Koch sind in der 6. Auflage nicht mehr anderer Meinung.
S. 636 Z. 22 v. o. ist statt „RG. Berlin" zu lesen: KG. Berlin.
S. 703 Z. 19 v. o. ist nach „S. 522" beizufügen: OLG. Breslau eod. XXI S. 85.
S. 872 Z. 16 v. o. ist statt „§ 774" zu lesen: § 744.
S. 872 Z. 13 v. u. ist statt „RG. Berlin" zu lesen: KG. Berlin.
S. 877 Z. 9 v. o. ist nach „S. 326 ff." einzufügen: Thiele Arch. f. c. Pr. LXXXIV S. 50 ff.
S. 947 Z. 21 v. o. ist nach „entzogen" einzuschalten: Nach RG. v. 22. Mai 1895 (RGBl. S. 239) Art. III § 1 Abs. 2 sind die auf Grund dieses Gesetzes gewährten Beihülfen der Beschlagnahme entzogen.
S. 973 Z. 9 v. o. ist nach „Nr. 142" beizufügen: KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XXI S. 90. Abw. Ansichten eod. S. 94.
S. 1006 Z. 10 v. o. ist nach „Nr. 149" beizufügen: Keibel Ztschr. f. d. CPr. XXI S. 68 ff.

Digitized by Google

Einleitung.

I.

Äußere Geschichte der Civilprozeßordnung.[1]

Die Reichsverfassung vom 28. März 1849 bestimmte in § 64:

„Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Erlassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen."

Die Reichsverfassung kam nicht zur Durchführung. Das Bedürfnis der Deutschen Nation nach einem einheitlichen Prozeßrechte blieb unbefriedigt. Der Bundestag trat wieder zusammen. Das Recht der Gesetzgebung stand dem Bundestage nicht zu. Zur Erreichung materieller Rechtseinheit in den verbündeten Staaten war nur der Weg offen, daß die Bundeskommissare einheitliche Entwürfe vereinbarten, deren Einführung in den einzelnen Bundesstaaten den gesetzgebenden Faktoren der Staaten anheimfiel. Auf diesem Wege war die Einheit auf den Gebieten des Wechselrechts und des Handelsrechts erreicht worden.

Am 17. Dezember 1859 (Prot. § 55) stellten die Regierungen von Bayern, Sachsen, Württemberg, Kurhessen, Großherzogtum Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg und Mecklenburg-Strelitz an die Bundesversammlung den Antrag, durch einen Ausschuß die Frage erörtern und darüber Bericht erstatten zu lassen, ob und inwieweit die Herbeiführung einer gemeinsamen Civil- und Kriminalgesetzgebung wünschenswert und ausführbar sein werde.

Innerhalb des zur Berichterstattung über diesen Antrag eingesetzten Ausschusses herrschte Einstimmigkeit darüber, daß die Einheit des Rechts wünschenswert und daß die einheitliche Regelung des Civilprozesses das dringendste Bedürfnis sei. Während aber die Majorität des Ausschusses die Ausarbeitung eines Entwurfs durch eine Bundeskommission, bestehend aus von den Regierungen ernannten Fach-

---

[1] Vgl. A. Hellweg, geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der Deutschen Civilprozeßordnung, Arch. f. c. Pr. LXI (1878) S. 78 ff., Wach Handb. I S. 129 ff.

Digitized by Google

juriſten, ins Auge faßte, hielt die Minorität, nämlich Preußen, den Bundesweg nicht für geeignet und ſchlug eine unmittelbare Vereinbarung der Regierungen vor.*)

Die Mehrheit des Ausſchuſſes beantragte nach ausführlicher Berichterſtattung in der Sitzung des Bundestags vom 6. Februar 1862 (Prot. § 58), zunächſt eine Kommiſſion zur Ausarbeitung und Vorlage des Entwurfs einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutſchen Bundesſtaaten in Hannover einzuſetzen, Preußen ſtimmte dagegen. Die Mehrheit der Bundesverſammlung trat dem Antrage des Ausſchuſſes bei.

Am 17. Juli 1862 (Prot. § 243) wurde wieder durch Majoritätsbeſchluß beſtimmt, daß die zur Ausarbeitung und Vorlage des Entwurfs einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutſchen Staaten niedergeſetzte Kommiſſion am 15. September 1862 zu Hannover zuſammentrete.

An dieſem Tage traten zehn Kommiſſare, ernannt durch die Regierungen von Öſterreich, Bayern, Sachſen, Hannover, Württemberg, Baden, Heſſen-Darmſtadt, Mecklenburg-Schwerin, Naſſau und Frankfurt in Hannover zuſammen.**)

Die Kommiſſion konſtituierte ſich mit der Wahl des öſterreichiſchen Kommiſſars Dr. Rizy zum Vorſitzenden und beſchloß, die hannoverſche Prozeßordnung vom 8. November 1850 den Beratungen zu Grunde zu legen.

Dieſer Beſchluß veranlaßt, die Entſtehung der hannoverſchen Prozeßordnung zu erörtern.

Durch hannoverſches Geſetz vom 5. September 1848 § 9 war unter dem Einfluß der achtundvierziger Bewegung zugeſichert worden, daß die Gerichtsverfaſſung nach den Grundſätzen der Mündlichkeit auch in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten geregelt werden ſolle. Schon am 14. Januar und 14. Juni 1850 wurde ein hauptſächlich von dem als Referenten in das Juſtizminiſterium berufenen Dr. Leonhardt ausgearbeiteter Entwurf den Ständen vorgelegt. Bei Ausarbeitung dieſes

*) Der Grund zu dieſem Verhalten der preußiſchen Regierung lag darin, daß bei der Beratung über den Entwurf des Handelsgeſetzbuches das preußiſche Abgeordnetenhaus gegen das eingeſchlagene, die Mitwirkung der Landesvertretung bei der Geſetzgebung in der That beeinträchtigende Verfahren proteſtiert hatte.

**) Zu der hannoverſchen Kommiſſion waren kommittiert: von Öſterreich der Sektionschef im Juſtizminiſterium Dr. Rizy aus Wien; von Bayern der Oberſtaatsanwalt v. Bomhard aus Amberg (in 2ter Leſung Oberappellationsgerichtsrat v. Pixis aus München); von Sachſen der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Tauchnitz aus Leipzig; von Hannover der Oberjuſtizrat Dr. Leonhardt, nach ihm der Obergerichtsrat Peterſſen, beide aus Hannover; von Württemberg der Obertribunalrat Frhr. v. Sternenfels aus Stuttgart, nach ihm der Oberjuſtizrat Frhr. v. Holzſchuher von dort; von Baden der Hofgerichtsrat v. Stößer aus Bruchſal; von Kurheſſen der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Büff aus Kaſſel; vom Großherzogtum Heſſen der General-Staatsprokurator Dr. Seitz aus Mainz; von Mecklenburg-Schwerin der Miniſterialrat v. Scheve aus Schwerin, ſpäter der Miniſterialdirektor v. Amsberg von da; von Holſtein und Lauenburg der Oberappellationsgerichtsdirektor Dr. Preußer aus Flensburg, ſpäter der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Brinkmann aus Kiel; von Naſſau der Hofgerichtsdirektor Winter aus Dillenburg; von Sachſen-Meiningen der Oberſtaatsanwalt Dr. Albrecht, ſpäter Appellationsgerichtspräſident Liebmann, beide aus Hildburghauſen; von Frankfurt der Appellationsgerichtsrat Dr. Neſtle aus Frankfurt. Als Protokollführer fungierten die Obergerichtsaſſeſſoren Peterſſen und Struckmann.

Digitized by Google

Entwurfs fanden insbesondere das auf dem Grundsatze der Mündlichkeit ruhende Prozeßgesetz Frankreichs (Code de procédure von 1806) und die aus dem französischen Gesetze hervorgegangene Genfer Prozeßordnung (Loi sur la procédure civile von 1820) sorgfältige Berücksichtigung. Der hannoversche Entwurf ist aber keine Kopie dieser Gesetzbücher, sondern ein durchaus selbständiges Werk. Es ist darin ein Verfahren hergestellt, das auf den Grundlagen des gemeinen deutschen Prozesses das freigestaltete Prozeßprinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung eines Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte mit seinen Konsequenzen in sich aufnimmt. Fundamental in der hannoverschen Prozeßordnung ist, daß das Hauptverfahren in zwei Abschnitte zerfällt, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der zweite den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstande hat; daß diese beiden Abschnitte getrennt und gegen einander abgeschlossen werden durch eine richterliche Verfügung, worin nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Prozeßstoffs diesen eröffnet wird, was und von wem zu beweisen sei; daß diese richterliche Verfügung im Sinne des deutschen Prozeßrechts ein Urteil ist, unabänderlich für die Instanz, worin sie erlassen wurde. Der Entwurf ist mit unwesentlichen Abänderungen am 8. November 1850 zum Gesetze für Hannover erhoben worden. Die Urteile der Praktiker über das Gesetz lauteten günstig; auch von Seite der Theoretiker wurde ihm große Aufmerksamkeit zu teil. Das Gesetz wurde das Vorbild für das oldenburgische Prozeßgesetz vom 2. November 1857 und fand bei allen folgenden partikulären Entwürfen und Gesetzen eingehende Berücksichtigung.

In der Bundeskommission wurde der hannoversche Kommissar Dr. Leonhardt zum Referenten, der bayerische Kommissar v. Bomhard und der sächsische Kommissar Dr. Lauchnitz zu Korreferenten gewählt. Die erste Lesung wurde am 25. Juli 1864 in der 247sten Sitzung vollendet. Am 17. Februar 1865 versammelte sich die Kommission zur zweiten Lesung. Diese begann am 15. März 1865 (260ste Sitzung) und endete am 24. März 1866 (373ste Sitzung).*)

Die für die hannoversche Prozeßordnung charakteristische Scheidung des Verfahrens in zwei durch ein bindendes, rechtsmittelfähiges Beweisinterlokut getrennte Teile wurde in den Entwurf nicht aufgenommen. In der redaktionellen Fassung ist der Entwurf gegenüber der hannoverschen Prozeßordnung durchaus selbständig; in vielen Detailbestimmungen weicht er von dieser ab. Trotzdem ist ein nicht geringer Teil der Bestimmungen des Entwurfs auf die hannoversche Prozeßordnung zurückzuführen.

Der Entwurf wurde mit Bericht vom 30. April 1866 der Bundesversammlung vorgelegt und von dieser durch Beschluß vom 19. Mai 1866 dem Ausschusse für Errichtung eines Bundesgerichts zugewiesen mit der Auflage, der Versammlung über die weitere Behandlung der Angelegenheit Vorschläge zu machen. Ehe jedoch

*) Die Protokolle der hannoverschen Kommission sind siebzehn Bände stark in einer offiziellen, aber nicht in den Buchhandel gekommenen Ausgabe erschienen. Der Entwurf der ersten Lesung erschien 1864, herausgegeben von Petersen und Struckmann; der der zweiten Lesung 1866, herausgegeben von Struckmann.

Digitized by Google

der Ausschuß Vortrag erstattet hatte, erfolgte am 14. Juni 1866 der Austritt Preußens und damit die thatsächliche Auflösung des Bundes. Zwar wurde noch am 21. Juni 1866 (Prot. § 158) die Angelegenheit zum Vortrage gebracht und beschlossen, den Entwurf den Bundesregierungen zur Kenntnis und Äußerung darüber mitzuteilen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie geneigt wären, ihn in ihren Ländern auf dem gesetzlichen Wege einzuführen. Es kam nicht mehr zur Rückäußerung; die politischen Ereignisse traten dazwischen.

Unterdessen war Preußen, das sich an der hannoverschen Kommission nicht beteiligte, mit Feststellung eines eigenen Entwurfs zu einer Prozeßordnung vorgegangen. Schon im November 1860 hatten die Vorarbeiten begonnen. Am 14. Februar 1861 wurde ein die Notwendigkeit civilprozessualischer Reformen darlegender Immediatbericht an den König erstattet. Der König genehmigte am 25. Februar 1861 die Einsetzung einer vom Justizminister zu berufenden Kommission. Die Kommission trat im Frühjahr 1861 in Berlin zusammen.*) Im Jahre 1864 veröffentlichte die Kommission den „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" mit Motiven.**) Der Entwurf schließt sich im wesentlichen dem französischen Prozeßrechte an, dessen Grundprinzipien darin mit schärferer Folgerichtigkeit durchgeführt sind, als im Code de procédure selbst. Über den Entwurf wurden Gutachten der Gerichte verlangt. Diese sprachen sich in überwiegender Mehrzahl gegen die Einführung aus. Dessen ungeachtet empfahl der preußische Justizminister in einer Denkschrift vom 24. Februar 1866 die Einführung. Die übrigen Minister stimmten nicht bei. Die Umwälzungen des Jahres 1866 setzten der partikulären Gesetzgebung im Gebiete des Prozesses ein Ziel.

Die Verfassung des Norddeutschen Bundes Art. 4 bestimmte:

„Der Beaufsichtigung des Bundes und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten:

13. die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren."

Schon am 4. September 1867 stellte Preußen bei dem Bundesrate folgende Anträge:

„1. Zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Staaten des Norddeutschen Bundes wird eine besondere Kommission, bestehend aus acht angesehenen Juristen des Bundesgebiets, berufen.

2. Die Mitglieder der Kommission werden vom Bundesrat gewählt. Über jedes Mitglied wird besonders abgestimmt. Die verschiedenen Rechts- und Staatsgebiete sollen in den Mitgliedern möglichst ihre Vertretung finden.

3. Die Kommission tritt zur Erledigung ihres Auftrags in Berlin zusammen.

*) In dieselbe wurden berufen: der Obertribunalspräsident Dr. Bornemann (Vorsitzender), der Oberstaatsanwalt Dr. Oppenhoff, der Geh. Justizrat Dr. Pape und der Kreisrichter Kühne. Als Schriftführer waren beigegeben die Assessoren Bornemann und Makower.

**) Erschienen in der v. Deckerschen Ober-Hofbuchdruckerei; citiert als „Preußischer Entwurf".

Digitized by Google

4. Der Vorsitzende der Kommission wird aus der Mitte der Mitglieder vom Bundeskanzler ernannt. Die Wahl der Referenten erfolgt auf Vorschlag des Vorsitzenden mittels Vereinbarung oder in Ermangelung einer solchen durch Abstimmung in der Kommission.
5. Jedes Mitglied führt eine Stimme, bei Stimmengleichheit giebt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag; im übrigen regelt sich der Geschäftsgang nach der von der Kommission selbst festzusetzenden Geschäftsordnung.
6. Nach Vollendung des Auftrags hat die Kommission den Entwurf dem Bundeskanzler zur Vorlegung bei dem Bundesrat zu überreichen."

Diese Anträge wurden nach vorgängiger Begutachtung durch den Ausschuß des Bundesrats für Justizwesen (Bericht vom 24. September 1864; Drucksachen Nr. 43) in der Sitzung des Bundesrats vom 2. Oktober 1867 (Prot. § 95) zum Beschlusse erhoben und es wurde sofort zur Wahl der Kommissionsmitglieder geschritten.*)

Die Kommission wurde am 3. Januar 1868 von dem Bundeskanzler eröffnet. Zum Vorsitzenden wurde Dr. Leonhardt, der am 5. Dezember 1867 preußischer Justizminister geworden war, zu dessen Stellvertreter Obertribunals-Vizepräsident Dr. Grimm ernannt. Zum Referenten wurde der Geh. Oberjustizrat Dr. Pape gewählt. Die Kommission beschloß, den hannoverschen Entwurf ihren Beratungen zu Grund zu legen. Daneben fand der preußische Entwurf fortwährende Berücksichtigung. Die Kommission tagte vom 3. Januar 1868 bis 20. Juli 1870 zu Berlin. In der 390sten Sitzung wurde der Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund nebst Einführungsgesetz fertig gestellt.**) Der norddeutsche Entwurf ist trotz mannigfacher Verschiedenheiten dem hannoverschen Entwurfe am nächsten verwandt; doch finden sich darin auch viele dem preußischen Entwurfe entstammende Bestimmungen. Die zahlreichen Vorbehalte des hannoverschen Entwurfs zu Gunsten der Landesgesetzgebung sind im norddeutschen Entwurfe beseitigt.

Der deutsch-französische Krieg war entbrannt, als die norddeutsche Kommission ihre Arbeiten beendigte. Auf den Schlachtfeldern Frankreichs wurde Deutschlands Einheit geboren. Den Verträgen mit den Südstaaten folgte die Gründung des Deutschen Reichs.

---

*) In die Kommission wurden zunächst gewählt: der Obertribunals-Vicepräsident Wirkl. Geh. Oberjustizrat Dr. Grimm aus Berlin, der Oberappellationsgerichtspräsident Dr. Leonhardt daselbst, der Geh. Oberjustizrat Dr. Pape daselbst, der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Tauchnitz aus Dresden, der Generalprokurator Dr. Seitz aus Darmstadt (an dessen Stelle trat später der Obergerichtsrat Aull aus Mainz), der Oberappellationsgerichtsrat Prof. Dr. Endemann aus Jena, der Obergerichtspräsident Dr. Trieps aus Wolfenbüttel und der Oberappellationsgerichtsrat Dr. Drechsler aus Lübeck. Nachträglich wurde gemäß Beschlusses des Bundesrats vom 10. Dezember 1867 (Prot. § 232 noch der Obertribunalsrat Dr. Löwenberg aus Berlin und der Geh. Ministerialrat v. Amsberg aus Schwerin hinzugewählt. Protokollführer waren der Stadtgerichtsrat Koch und der Stadtgerichtsassessor Droop.

**) Der Entwurf enthält 1178 Paragraphen und erschien im Verlage der Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker) 1870, ohne Motive. Vorher waren mehrfache Publikationen von Teilen des Entwurfs erfolgt. Die Protokolle sind ebenfalls bei R. v. Decker als Manuskript gedruckt; sie umfassen fünf Bände und sind nicht im Buchhandel erschienen.

Digitized by Google

Schon im Schlußprotokolle vom 23. November 1870 Nr. V zum Versailler Vertrage wegen des Beitritts Bayerns zum Deutschen Bunde wurde von Seite des Kgl. preußischen Bevollmächtigten die Zusicherung gegeben, daß Bayern bei der ferneren Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Civilprozeß-Gesetzbuchs entsprechend beteiligt werde. Die Verfassung des Deutschen Reichs reproduzierte den oben angeführten Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes. Die Civilprozeßgesetzgebung war Sache des Reichs geworden.

Ehe von Reichswegen ein Schritt geschah, war von Seite des Kgl. preußischen Justizministeriums der norddeutsche Entwurf einer Umarbeitung unterworfen worden.*) Der Kgl. preußische Justizminister Dr. Leonhardt trat hiebei persönlich in Thätigkeit.**) Das Ergebnis dieser Umarbeitung ist der „Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung" nebst Begründung.***) Die charakteristischen Merkmale dieses Entwurfs I im Gegensatze zum norddeutschen Entwurfe sind insbesondere die Behandlung des Verfahrens nach dem Beweisbeschlusse und das Rechtsmittelsystem. Der norddeutsche Entwurf verneint zwar mit dem hannoverschen Entwurfe die Urteilsnatur des Beweisbeschlusses, unterscheidet aber zwischen Hauptverhandlung (vor dem Beweisbeschlusse) und Schlußverhandlung (nach dem Beweisbeschlusse), gestattet in dieser die Vorbringung neuer Thatsachen, sofern es nicht sog. Hülfsthatsachen sind, und neuer Beweismittel nur im Restitutionsfalle und giebt dem Beweisbeschlusse hierdurch, sowie durch das ihm mit dem Urteile gemeinsame Erfordernis des Thatbestandes und der Begründung eine das Verfahren in zwei Teile spaltende Kraft. Dagegen ist in dem Entwurfe I zuerst der Gedanke konsequent durchgeführt, daß das ganze Verfahren bis zum Urteile als einheitliches aufzufassen sei. Der Beweisbeschluß wird einfacher Beschluß ohne Thatbestand und Entscheidungsgründe. Nach Durchführung des Beweisverfahrens kehrt der Prozeß zur Verhandlung zurück; in dieser Verhandlung können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden; die letzte Verhandlung vor dem Urteile ist prinzipiell die allein entscheidende. Im Rechtsmittelsystem des Entwurfs I ist die Berufung gegen Urteile der Amtsgerichte zugelassen, gegen die Urteile der Kollegialgerichte aber nur die revisio in iure gestattet. Darüber steht die Oberrevision für den Fall der Difformität der Urteile erster und zweiter Instanz.

In der Sitzung des Bundesrats vom 8. Mai 1871 (Prot. § 208) wurde auf Bericht des Ausschusses für Justizwesen vom 1. Mai 1871 beschlossen, eine neue Kommission von zehn Mitgliedern zu bestellen, die unter Zugrundelegung des

*) Die Gründe dieses Vorgehens sind bei Hellweg a. a. O. S. 113 angedeutet. Die kommissarische Herstellung eines größeren systematischen Gesetzentwurfs hat gewöhnlich die Folge, daß der Entwurf nicht aus einem Gusse gearbeitet ist. Leicht bilden sich die Majoritäten bei einzelnen Bestimmungen durch Hinzutritt der mit ihren Prinzipalansichten unterlegenen Stimmen. Dieser Übelstand war bei dem hannoverschen und dem norddeutschen Entwurfe fühlbar.

**) Der Kgl. preuß. Justizminister arbeitete selbst einen Vorentwurf aus. Über diesen wurden während des Winters $18^{70}/_{71}$ innerhalb des Kgl. preuß. Justizministeriums Beratungen gepflogen. Daran waren beteiligt die Geh. Justizräte Dr. Falk, Dr. Förster und Droop, der Kronanwalt Nebe-Pflugstädt und der Appellationsgerichtsrat Kurlbaum II.

***) Berlin 1871. R. v. Decker. Als erster deutscher Entwurf citiert mit „Entwurf I".

Digitized by Google

von der preußischen Regierung aufgestellten Entwurfs I in Verbindung mit dem norddeutschen Entwurfe und den sonstigen legislativen Vorarbeiten den Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Deutsche Reich definitiv festzustellen habe. Der Kgl. preußische Justizminister Dr. Leonhardt führte den Vorsitz in der Kommission,*) die am 7. September 1871 in Berlin zusammentrat und am 7. März 1872 ihre Arbeiten beendigte. Das Ergebnis dieser Kommissionsarbeit ist der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (Entwurf II).**) Der Entwurf steht im Großen und Ganzen auf dem Boden des im preuß. Justizministerium ausgearbeiteten Entwurfs I, dem er sich auch äußerlich in der Ordnung der Paragraphen anschließt.

In der Sitzung des Bundesrats vom 21. Dezember 1872 (Prot. § 530) wurde dieser Entwurf vorgelegt und an den Ausschuß für Justizwesen zur Berichterstattung überwiesen. Hier wurde der Entwurf eingehender Prüfung und mancher Änderung unterworfen. Insbesondere wurde in diesem Stadium beschlossen, als Rechtsmittel gegen alle erstinstanziellen Urteile die Berufung mit unbeschränkter Zulassung von neuen Behauptungen und Beweismitteln zu gewähren. Der Bericht des Bundesratsausschusses wurde erst am 12. Mai 1874 (Drucks. Nr. 64) erstattet. Der Grund dieser Verzögerung liegt darin, daß inzwischen auch die Entwürfe einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes demselben Ausschusse überwiesen worden waren, und daß man gleichzeitig über die drei Gesetzentwürfe Bericht zu erstatten für angezeigt hielt.

In der Sitzung des Bundesrats vom 16. Juni 1874 (Prot. §§ 311—313) wurde der Kommissionsentwurf der Civilprozeßordnung mit zwei unwesentlichen Veränderungen***) angenommen. Berichterstatter für die Civilprozeßordnung war an Stelle des erkrankten Kgl. bayer. Staatsministers der Justiz der Kgl. bayer. Ministerialrat Dr. Schmitt. In derselben Sitzung wurde auch über die beiden anderen Entwürfe Beschluß gefaßt.

Mit den Entwürfen einer Strafprozeßordnung, eines Gerichtsverfassungsgesetzes und der dazu gehörigen Einführungsgesetze wurde am 29. Oktober 1874 der Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich und eines Einführungsgesetzes

---

*) Als Kommissionsmitglieder wurden gewählt: der Kgl. preuß. Geh. Oberjustizrat Dr. Falk aus Berlin, der Kgl. preuß. Obertribunalsrat Frhr. v. Diepenbroik-Grüter von da, der Kgl. preuß. Appellationsgerichtsrat Planck aus Celle; der Rechtsanwalt Justizrat v. Wilmowski aus Breslau; der Kgl. bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. G. Schmitt aus München; der Kgl. sächs. Geh. Justizrat Abeken aus Dresden, später an dessen Stelle der Appellationsgerichtspräsident Klemm aus Zwickau; der Kgl. württemb. Obertribunalsrat v. Kolhaas aus Stuttgart; der Großh. bad. Ministerialrat Dr. Gebhardt aus Karlsruhe und der Großh. mecklenb.-schw. Ministerialrat v. Amsberg aus Schwerin. Als Schriftführer wurden zugezogen: der Kgl. preuß. Kreis- und Stadtgerichtsrat C. Hagens aus Danzig und der Kgl. preuß. Kreisrichter Polenz aus Sprottau.

**) Erschienen Berlin 1872, im Verlag der Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker). Citiert als „Entwurf II".

***) Diese betrafen die §§ 255 Abs. 1 und 364 Abs. 2 des Entwurfs.

Digitized by Google

dem Deutschen Reichstage vorgelegt (Entwurf III).*) Die Vorlage ist mit ausführlicher Begründung versehen; die Begründung schließt sich im wesentlichen an die Motive an, welche die vom Bundesrate eingesetzte Kommission ihrem Entwurfe beigegeben hatte.**)

In den Sitzungen des Reichstags vom 24.—27. November 1874 passierten die Gesetzentwürfe die erste Lesung und wurden in eine Kommission von achtundzwanzig Mitgliedern verwiesen. Durch Gesetz vom 23. Dezember 1874, betreffend die geschäftliche Behandlung des Gerichtsverfassungsgesetzes ꝛc. ꝛc., wurde der Kommission die Ermächtigung erteilt, in der Zeit zwischen dieser und der nächsten Reichstagssession ihre Sitzungen fortzusetzen. Da die Arbeiten der Kommission bei Wiederzusammentritt des Reichstags (29. Oktober 1875) noch nicht vollendet waren, so wurden die Mitglieder der Kommission durch Akklamation wieder gewählt, und durch Gesetz vom 1. Februar 1876 die Befugnis, zwischen den Reichstagssessionen zu tagen, verlängert.***)

Die drei Gesetzentwürfe sind von der Kommission in zwei Lesungen durch-

*) Die Vorlage an den Reichstag ist mit Entwurf III — dritter deutscher Entwurf — bezeichnet. Sie ist auch gemeint, wenn schlechthin von „dem Entwurfe" gesprochen wird.

**) Auf die offizielle, dem Reichstage vorgelegte Ausgabe der Motive beziehen sich die Seitenangaben im Kommentare. Diese offizielle Ausgabe ist nicht im Buchhandel erschienen. Eine nicht offizielle Ausgabe erschien bei Kortkampf, Berlin 1874. Abgedruckt ist der Entwurf mit den Motiven in Hahns Materialien ꝛc. Darin sind die Seiten der off. Ausgabe angemerkt.

***) Mitglieder der Kommission waren: Vorsitzender: Dr. Miquél, Oberbürgermeister (Osnabrück); stellvertretender Vorsitzender: Dr. v. Schwarze, Generalstaatsanwalt (Dresden); Schriftführer: Eysoldt, Advokat (Pirna), Dr. Mayer, Appellationsgerichtsrat (Augsburg), Struckmann, Obertribunalsrat (Berlin) und Thilo, Kreisgerichtsdirektor (Delitzsch). Ferner: Dr. Bähr, Obertribunalsrat (Berlin); Becker, Oberappellationsgerichtsrat (Oldenburg); Bernards, Landgerichtsrat (Düsseldorf); v. Forcade de Biaix, Obertribunalsrat (Berlin); Gaupp, Kreisgerichtsrat (Ellwangen); Dr. Gneist, Oberverwaltungsgerichtsrat und Professor (Berlin); Dr. Grimm, Rechtsanwalt (Mannheim); Hauck, Bezirksamtmann (Markt-Scheinfeld); Herz, Bezirksgerichtsrat (Nürnberg); v. Jagow, Wirkl. Geh. Rat, Oberpräsident (Potsdam); Klotz, Kreisgerichtsrat (Berlin); Krätzer, Appellationsgerichtsrat (Passau); Dr. Lasker, Rechtsanwalt (Berlin); Dr. iur. Lieber (Camberg); Dr. Marquardsen, Professor (Erlangen); v. Puttkamer, Appellationsgerichtsrat (Colmar); Pfafferott, Oberamtsrichter (Liebenburg); P. Reichensperger, Obertribunalsrat (Berlin); v. Schöning, Landrat (Pegnitz); Dr. Völk, Rechtsanwalt (Augsburg); Dr. Wolffson, Advokat (Hamburg); Dr. Zinn, Direktor der Irrenanstalt Eberswalde. An Stelle des nach seiner Ernennung zum Ministerialpräsidenten aus der Kommission ausgeschiedenen Dr. Grimm trat für wenige Sitzungen Dr. Blum (Heidelberg) ein. Als Protokollführer waren der Kommission beigeordnet: Gerichtsassessor R. Sydow (Berlin), während dessen Erkrankung zur Aushülfe Kreisrichter Ege (Stuttgart); Dr. iur. L. Seuffert, Stadtgerichtsassessor (München), nach dessen Berufung zur Professur: Mettenleiter, Stadtgerichtsassessor (München), und Dr. phil. G. Schreber, Assessor (Leipzig). Als Regierungskommissare des Reichs und der Einzelstaaten nahmen an den Beratungen über die CPrO. teil: der Direktor im Kanzleramte, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat v. Amsberg; Kais. Geh. Oberregierungsrat Hanauer; Kais. Geh. Regierungsrat Hagens; Kgl. preuß. Geh. Oberjustizrat Kurlbaum II; der Kgl. preuß. Oberst-Leutnant Blume (sämtliche aus Berlin); der Kgl. bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. Hauser (München); der Kgl. württemb. Ministerialrat Heß (Berlin); der Kgl. württemb. Obertribunalsrat v. Kolhaas (Stuttgart) und der Kgl. sächs. Geh. Justizrat Held (Dresden). An einzelnen Sitzungen beteiligten sich der Kgl. preuß. Staats- und Justizminister Dr. Leonhardt und der Kgl. bayer. Staatsminister der Justiz Dr. von Fäustle.

Digitized by Google

beraten worden. Die Kommission hielt in der Zeit vom 26. Januar 1875 bis 3. Juli 1876 160 Sitzungen, davon waren 48 Sitzungen ganz, 5 Sitzungen teilweise den Beratungen über die CPrO. nebst Einführungsgesetz gewidmet.*) Die Kommission beschloß zahlreiche, aber keine in die Grundlagen des Entwurfs eingreifende Änderungen. Die bedeutsamsten Änderungen betrafen die Einführung einer Revisionssumme (s. Bem. Nr. 1 zu § 508) und die Gestaltung des Entmündigungsverfahrens (s. Bemerkungen zum Titel des 6. Buchs 2. Abschnitts). Über die Ergebnisse der Beratung wurde schriftlicher Bericht an den Reichstag erstattet. Berichterstatter bezüglich der Civilprozeßordnung war der Abgeordnete Becker (Oldenburg).**)

Der Bundesrat beanstandete die Beschlüsse der Reichstagskommission nur in wenigen Punkten. Die Beanstandungen wurden dem Reichstage durch Schreiben des Reichskanzlers vom 3. November 1876 mitgeteilt. In der 168sten und 169sten Sitzung (8. und 9. November 1876) wurden die auf die Civilprozeßordnung, in der 173sten Sitzung (13. November 1876) die auf das Einführungsgesetz bezüglichen Beschlüsse des Bundesrats in Beratung gezogen. Nur teilweise wurde diesen Beschlüssen entsprochen.

Am 17. November 1876 trat der Reichstag in die zweite Lesung der Justizgesetze ein. Am 18. November wurde die Civilprozeßordnung, am 27. November 1876 das Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung unverändert nach den Kommissionsbeschlüssen angenommen. Mit Schreiben vom 12. Dezember 1876 teilte der Reichskanzler dem Präsidenten des Reichstags mit, der Bundesrat habe beschlossen, gegen die Entwürfe der Civilprozeßordnung sowie des dazu gehörigen Einführungsgesetzes in der Fassung, in welcher diese Entwürfe aus der zweiten Beratung des Reichstags hervorgegangen seien, Einwendungen nicht zu erheben. Die Einwendungen gegen die auf die anderen Gesetze bezüglichen Beschlüsse sind hier nicht zu berühren.

Am 21. Dezember 1876 wurde die Civilprozeßordnung nebst dem Einführungsgesetze nach den Beschlüssen der zweiten Lesung in dritter Beratung und Schlußabstimmung vom Reichstage mit großer Majorität, fast mit Einstimmigkeit angenommen.

Am 22. Dezember 1876 beschloß der Bundesrat, den Entwürfen, wie sie in dritter Lesung festgestellt waren, zuzustimmen.

Am 30. Januar 1877 wurde die Civilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz vom Kaiser durch Unterschrift vollzogen.

Das am 19. Februar 1877 ausgegebene Reichsgesetzblatt Nr. 6 veröffentlichte die beiden Gesetze.

---

*) Über die Sitzungen sind offizielle Protokolle geführt worden. Die offizielle Ausgabe dieser Protokolle (Berlin, gedruckt bei J. Sittenfeld) kam nicht in den Buchhandel. Diese offizielle Ausgabe ist im Kommentare citiert. Die Protokolle erschienen mit Angabe der Seiten der offiziellen Ausgabe in Hahns Materialien zu den Reichsjustizgesetzen (Berlin 1877).

**) Die Feststellung des Berichtes erfolgte in der 162sten Sitzung. Einige redaktionelle Änderungen am Entwurfe wurden noch in der 163sten Sitzung genehmigt.

Digitized by Google

Die Civilprozeßordnung trat nach § 1 des Einführungsgesetzes zur CPrO. im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft. Das Gerichtsverfassungsgesetz trat am 1. Oktober 1879 in Kraft.

II.

Die Benutzbarkeit der Vorarbeiten für die Auslegung.*)

Das in den Vorarbeiten enthaltene Material hat keine die Freiheit der Interpretation bindende Autorität.

Zur Begründung dieses Satzes genügt es, darauf zu verweisen, daß die im Lauf des Entstehungsprozesses eines Gesetzes, gleichviel ob von allen oder von einzelnen Faktoren der Gesetzgebung geäußerten Ansichten über den Sinn eines Gesetzes nicht zu der für die Rechtsnorm erforderlichen formalen Vollziehung und Publikation gelangt sind.

Gleichwohl haben die Vorarbeiten des Gesetzes eine weit größere Bedeutung, als nur die einer Quelle von Denkstoff für den Ausleger.

Das vom Staate zum Gesetz erhobene, die Rechtsnormen bergende und zum Ausdruck bringende Wort ist das Ergebnis individueller Geistesarbeit. Diese Arbeit wurde im Auftrage eines oder mehrerer Gesetzgebungsfaktoren ausgeführt. Die Faktoren der staatlichen Gesetzgebungsgewalt, deren Träger doch auch wieder Individuen sind, haben jene Geistesarbeit adoptiert. Was im Laufe der Vorarbeiten von den einzelnen dabei beteiligten Personen über den Sinn bestimmter Worte und Redewendungen geäußert worden sind, ist nicht Äußerung des Staatswillens; denn durch die Publikation des Produktes jener Arbeit als Gesetz ist diese von der Individualität der Produzenten losgelöst, und diese waren nicht berechtigt, den

*) Litteratur: Wächter de lege Saxonica d. VIII m. Febr. a. 1834 lata Comm. (1835) S. 46—57; derselbe Abhandlungen aus dem Strafrecht (1835) I S. 242—249; derselbe Württemb. Privatrecht (1842) II S. 148 ff.; Schletter de subsidiis interpretationis ex iis quae in comitiis acta sunt petendis (1839); Mittermaier die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Beitr. I (1841) c. 23 S. 217 ff.; Krug Jahrb. für sächs. Strafrecht (1840) I S. 249 ff.; derselbe Grundsätze der Gesetzauslegung in ihrer Anwendung auf die neueren Deutschen Strafgesetzbücher (1848); Schaffrath Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze (1842); R. v. Mohl Arch. d. Kriminalrechts (1843) St. 2 u. 3, auch ohne wesentliche Änderungen in dessen Werk „Staatsrecht, Völkerrecht und Politik" (1860) S. 96 ff.; Goldschmitt Handb. d. Handelsrechts 1. Aufl. 1864 I S. 222, 223, 2. Aufl. 1874 I S. 312 ff.; derselbe in der Ztschr. f. d. ges. HR. X (1866) S. 40 ff.; Schlesinger Gött. Gel.Anz. 1864 St. 50 S. 1908 ff.; Hahn Kommentar zum D. HGB. Einleitung 2. Aufl. S. XLVIII ff.; derselbe in Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XII S. 175 ff.; Bierling Ztschr. f. Kirchenrecht (Dove und Friedberg) X (1871) S. 141 ff.; Endemann der Deutsche Civilprozeß (1878) I S. 26 ff.; G. F. H. Meyer in (Gruchots) Beitr. z. Erl. d. R. XXIII (1879) S. 1 ff.; Gaupp Komm. 1. Aufl. 1879 Bd. I Einl. S. XXXIV, 2. Aufl. 1890 Bd. I Einl. S. XXIX; Schultze Ztschr. f. d. CPr. II (1880) S. 74 ff.; Deutschmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV (1880) S. 817 ff.; Behrend Lehrb. d. Handelsrechts (1880) I S. 74 ff.; Petersen in (Hausers) Ztschr. f. R. u. PR. IV (1880) S. 74 ff.; Struckmann-Koch Komm. (5. Aufl.) S. XIX ff.; Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 1 ff.; Wach Handb. I S. 254 ff.; Planck Lehrb. I S. 15.

Digitized by Google

Willen der Gesetzgebungsfaktoren zu äußern. Gleichwohl ist, wo nicht besondere Gründe entgegenstehen, anzunehmen, daß der den Gesetzgebungsfaktoren bekannte Sinn, worin Worte und Redewendungen von den bei den Vorarbeiten beteiligten Personen verstanden worden sind, von ihnen gebilligt worden ist. Zwar sind in den Vorarbeiten auch einzelne mißverständliche Ansichten über den Sinn und die Tragweite von in das Gesetz übergegangenen Worten und Redewendungen geäußert worden; aber das ändert nichts an der Thatsache, daß in weitaus den meisten Fällen derartige Äußerungen zutreffend sind.

Ferner bilden die Vorarbeiten sehr wichtige Hülfsmittel zu der für jede Gesetzauslegung notwendigen historischen Betrachtung. Ohne Kenntnis des früheren Rechtszustandes ist das richtige Verständnis des Gesetzes oft nicht möglich. Nicht bloß enthalten die Vorarbeiten an vielen Stellen Vergleichungen mit dem früheren gemeinen und dem partikularen Prozeßrechte, sondern man kann daraus die subjektiven Anschauungen der Verfasser über früheres Recht entnehmen, woraus sich dann wieder Schlüsse auf die bei der Aufnahme und Formulierung der einzelnen Gesetzessätze obwaltenden Absichten gewinnen lassen. Fruchtbar für die historische Auslegung erweist sich aber auch die Vergleichung der verschiedenen Entwürfe mit einander. Nicht selten wird aus den mit einem Gesetzesparagraphen vorgenommenen Veränderungen ersichtlich, welcher Gedanke darin zum Ausdrucke gebracht werden wollte. Wenn man zur Interpretation des justinianischen Gesetzbuchs die vorjustinianischen Texte von Juristenschriften und Konstitutionen benutzt und aus deren Veränderungen durch die Kompilatoren Schlüsse auf deren Tendenzen zieht, warum sollte die entsprechende Operation bei modernen Gesetzen weniger berechtigt sein?

Endlich würde den Vorarbeiten, auch wenn man sie nur als Privatarbeiten betrachtete, eine nicht zu unterschätzende wissenschaftliche Autorität zukommen. Nicht die schwächsten der deutschen Juristen sind berufen gewesen, sei es als Kommissare der Regierungen, sei es als Mitglieder der Vorkommissionen oder der Reichstagskommission, bei der Gesetzgebungsarbeit mitzuwirken. Deren in den Vorarbeiten enthaltene Ansichten über die Bedeutung eines in das Gesetz aufgenommenen Satzes dürfen schon wegen der wissenschaftlichen Autorität ihrer Urheber nicht übersehen werden.

III.

Das Verhältnis der Civilprozeßordnung zum Gerichtsverfassungsgesetze.

Die Civilprozeßordnung ist ein Teil des großen deutschen, das gesamte Gebiet des Prozeßrechts umfassenden Gesetzgebungswerks. Neben der Civilprozeßordnung stehen innerhalb dieses Werks als selbständige Gesetze das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (RGBl. S. 41—80), die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 (RGBl. S. 253—848) und die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RGBl. S. 351—394).

Das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt die staatlichen Organe zur Handhabung

Digitized by Google

der Rechtspflege in dem durch die Prozeßordnungen geregelten Verfahren. Es regelt die Organisation der Civilgerichte und deren sachliche Zuständigkeit. Zur Ausübung der ordentlichen streitigen Civilgerichtsbarkeit erster Instanz bestehen Landgerichte und Amtsgerichte mit örtlich abgegrenzten Gerichtsbezirken. Die Verfassung der Landgerichte ist eine kollegialische, während die Amtsrichter als Einzelrichter verhandeln und entscheiden. Den Amtsgerichten sind alle Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt, sowie eine Anzahl einfacher oder schleunige Erledigung erheischender oder regelmäßig auf Grund genauer örtlicher Kenntnis zu entscheidender Rechtsstreitigkeiten überwiesen (§ 23 des GVG.). Für alle nicht den Amtsgerichten zugeteilten Rechtsstreitigkeiten sind die Landgerichte zuständig (§ 70 Abs. 1 des GVG.). Diesen Gerichten kommt ferner die ausschließliche Zuständigkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zu in gewissen Rechtsstreitigkeiten von besonderem publizistischem Interesse (§ 70 Abs. 2 und 3 des GVG.). Bei den Landgerichten können für deren Bezirke oder für örtlich abgegrenzte Teile derselben Kammern für Handelssachen errichtet werden, soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfnis als vorhanden annimmt. Diese Kammern, die in der Besetzung mit einem Mitgliede des Landgerichts als Vorsitzendem und zwei auf gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs ernannten Handelsrichtern entscheiden, sind nicht besondere Gerichte, sondern Bestandteile der Landgerichte. Die sachliche Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen bemißt sich daher nach der sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte. Innerhalb dieser Zuständigkeit sind den Kammern für Handelssachen, soweit sie bestehen, zugewiesen die Rechtsstreitigkeiten, in denen durch die Klage ein Anspruch gegen einen Kaufmann aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 271—276 des Handelsgesetzbuchs) oder aus einem Wechsel im Sinne der Wechselordnung oder aus gewissen spezifisch kaufmännischen Rechtsverhältnissen geltend gemacht wird (§ 101 des GVG.). Die Amts- und die Landgerichte, diese einschließlich der Kammern für Handelssachen, sind ordentliche Gerichte. Als Gerichte zweiter Instanz sind den Amtsgerichten die Landgerichte, den Landgerichten, einschließlich der Kammern für Handelssachen, die Oberlandesgerichte übergeordnet (§ 123 des GVG.). Bei den Oberlandesgerichten sind besondere Kammern für Handelssachen nicht vorgesehen. Die Gerichtsbarkeit dritter Instanz wird, vorbehaltlich der nach § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze möglichen Modifikation durch Errichtung eines obersten Landesgerichts, von einem für das Reich gemeinsamen Gerichtshofe, dem Reichsgerichte, ausgeübt (§ 135 des GVG.).

Das Gerichtsverfassungsgesetz enthält die Vorschriften über die Befähigung zum Richteramte (§ 1—11), über die Gliederung und die Besetzung der Gerichte (§§ 22, 24, 58—69, 77, 78, 100, 109—117, 119, 120—122, 124, 132—134, 137, 138—141 des GVG.), über die Nebenorgane der Gerichte: Staatsanwaltschaft (§§ 142—153 des GVG.), Gerichtsschreiberei (§ 154 des GVG.), Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte (§§ 155, 156 des GVG.).

Auch regelt das Gerichtsverfassungsgesetz diejenigen Materien des Verfahrens,

Digitized by Google

welche eine gleichheitliche Regelung durch die drei Prozeßordnungen hindurch vertragen, und giebt demgemäß die Vorschriften über die von den deutschen Gerichten sich gegenseitig zu leistende Rechtshülfe (§§ 157—169 des GVG.), über die Öffentlichkeit des Verfahrens und die Sitzungspolizei (§§ 170—185 des GVG.), über die Gerichtssprache (§§ 186—193 des GVG.), über die Beratung und Abstimmung (§§ 194—200 des GVG.) und über die Gerichtsferien (§§ 201—204 des GVG.).

Der Umstand, daß die Civilprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz als integrierende Teile eines als Einheit gedachten Gesetzgebungswerks erlassen sind, berechtigt, bei der Gesetzesauslegung Schlüsse von einem Gesetze auf den Sinn des anderen zu ziehen.

IV.

Litteratur zur Civilprozeßordnung.

A. Kommentare.

L. Frhr. v. Bülow. Die Civilprozeßordnung und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. Hannover 1882.

W. Endemann. Der deutsche Civilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozeßordnung des Deutschen Reichs samt Einführungsgesetzen. 3 Bände. Berlin. 1878, 1879.

A. Förster. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Unter besonderer Berücksichtigung des Preußischen Allgemeinen Landrechts. 2 Bände. Grünberg in Schl. 1884—1888.

L. Gaupp. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und dem Einführungsgesetz. 2. Aufl. 2 Bände. Freiburg i. Br. 1890—1892.

F. Hellmann. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 3 Bände. Erlangen. 1878, 1879.*)

O. Kleiner. Kommentar zur Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3 Bände. Würzburg. 1878—1882.

J. Petersen. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. Lahr. 1883. 3. Aufl. im Erscheinen begriffen.

E. L. Puchelt. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2 Bände. Leipzig. 1877, 1878.

O. Reincke. Die deutsche Civilprozeßordnung für die Praxis erläutert. Berlin 1885. 2. Auflage. Berlin 1891/1893.

v. Sarwey. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2 Bände. Berlin. 1879, 1880.

E. Siebenhaar. Kommentar zur Civilprozeßordnung. Leipzig. 1877.

J. Struckmann und R. Koch. Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungs-

*) Die 1881 ausgegebene sog. „Neue Ausgabe" ist die alte mit neuem Titelblatt.

Digitized by Google

gesetzes und den Einführungsgesetzen. 6. Aufl. Berlin. 1895. Zur Zeit noch nicht vollendet.

G. F. Chr. Übel. Kommentar der Civilprozeßordnung. 2 Bände. Bamberg. 1878.

G. v. Wilmowsky und M. Levy. Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 6. Aufl. Berlin. 1892. 7. Aufl. im Erscheinen begriffen.

B. Systematische Bearbeitungen.

L. v. Bar. Das Deutsche Civilprozeßrecht, mit Rücksicht auf die Justizgesetze des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Supplement zur 5. Auflage der v. Holtzendorffschen Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig. 1890.

K. Birkmeyer. Grundriß und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Civilprozeß. Einleitung und allgemeiner Teil. Rostock u. Berlin. 1886.

R. Bolgiano. Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts. Allgemeiner Teil. Stuttgart. 1879.

H. Fitting. Der Reichscivilprozeß. 7. Aufl. Berlin. 1890.

F. Hellmann. Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch. München. 1885.*)

Meves. Die Civilprozeßordnung und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nach jetzt geltendem preuß. Recht. Breslau 1881.

J. W. Planck. Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band. Allgemeiner Teil. Nördlingen. 1887. 2. Band. Erste Abteilung: Das regelmäßige Verfahren erster Instanz. München. 1891.

E. Reméle. Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. Köln. 1878.

V. Rintelen. Der Civilprozeß. Systematisch bearbeitet für die ordentlichen Gerichte des preußischen Staates und für das Reichsgericht auf Grund der Reichsgesetzgebung und der Preußischen Landesgesetzgebung, sowie der Vorschriften der Preußischen Justizverwaltung. Berlin. 1891.**)

P. H. J. Schelling. Lehrbuch des deutschen Civilprozesses. Erlangen. 1880.

A. Wach. Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band. Leipzig. 1885.

R. Warmuth. Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. 1. Band (enthaltend den allgemeinen Teil). Straßburg i. E. 1881.

J. Kohler. Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses. Mannheim. 1888.

A. Wach. Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. Bonn. 1879.

---

*) Darüber vgl. die kritischen Besprechungen von Birkmeyer Kr. VJSchr. XXVII S. 547 ff., Gösch Mecklenb. Ztschr. V S. 261 ff., Leonhard Zeitschr. f. d. CPr. XI S. 115 ff., L. Seuffert Deutsche Litt.Zeit. 1886 Sp. 527 ff.

**) Darüber vgl. die kritische Besprechung von L. Seuffert Deutsche Litt.Zeit. 1891 Sp. 887.

Digitized by Google

Civilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch.
Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt.
Gerichte.

Erster Titel.
Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

[Litteratur: Renaud z. L. v. d. gerichtlichen Zuständigkeit Ztschr. f. d. CPr. V S. 1 ff. Wach I § 28 S. 347 ff., Planck I § 6.]

Die Befugnis einer Art von Gerichten zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in gewissen Arten von Sachen und in gewissen Stadien des Verfahrens heißt sachliche Zuständigkeit. Nach den Regeln über sachliche Zuständigkeit ist zu beurteilen, ob eine Sache vor die ordentlichen Gerichte (GVG. § 12) oder vor ein besonderes Gericht (GVG. § 14), ob sie in der ersten Instanz vor ein Amts- oder ein Landgericht (vor eine Kammer für Civil- oder für Handelssachen) gehört, und welche Gerichte zur Verhandlung über Rechtsmittel berufen sind. Die Befugnis eines von mehreren Gerichten derselben Art zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in einer einzelnen Sache bezeichnet man als örtliche [Renaud a. a. O. als subjektive, persönliche] Zuständigkeit. Der Ausdruck örtliche Zuständigkeit kommt in der CPrO. nicht vor. Das Gesetz braucht dafür den Ausdruck Gerichtsstand (§§ 11 ff.). Im GVG. §§ 144, 159 bezeichnet „örtliche Zuständigkeit" die Befugnis, Amtshandlungen in einem Bezirke vorzunehmen.

Digitized by Google

Zuständig sein, Zuständigkeit sind neutrale Ausdrücke, die sowohl sachliche wie örtliche Zuständigkeit bezeichnen (z. B. Überschrift des 3. Titels im 1. Buch 1. Abschnitt). Entsprechend verneint der Ausdruck Unzuständigkeit die sachliche oder die örtliche Zuständigkeit.

Keine Vorschriften über die „Zuständigkeit" enthalten die Bestimmungen des GVG. §§ 101—108 über die Zugehörigkeit vor die Kammern für Handelssachen und die in GVG. §§ 62, 67, 121, 133 getroffenen Bestimmungen über die Geschäftsverteilung; daher begründet deren Nichteinhaltung keine Unzuständigkeit [RG. 17. Jan. 1889 SA. XLIV Nr. 210]. Dagegen kann sich daraus, daß gemäß GVG. § 100 eine Kammer für Handelssachen am Sitze eines Amtsgerichts für örtlich abgegrenzte Teile des Landgerichtsbezirks errichtet wurde, die örtliche Unzuständigkeit einer anderen bei demselben Landgerichte errichteten Kammer für Handelssachen ergeben, wenn ein Gerichtsstand für die Klage in dem abgegrenzten Gerichtsbezirke nicht begründet ist [RG. 9. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 90 S. 371 ff.].

§ 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

Motive S. 48, KPr. S. 4, 506.

1. Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte enthalten die §§ 23, 70, 123, 135 des GVG. v. 27. Jan. 1877. Vgl. dazu § 8 des EG. z. GVG.

2. Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte sind auch enthalten in der CPrO. und zwar in § 448 Abs. 2 und 3 für die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises; in § 471 für den freiwilligen Sühneversuch; in § 547 für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen; in § 568 für Ehesachen; in § 571 für den Sühneversuch in Ehesachen; in §§ 594, 606, 617, 620, 621, 624—626 für Entmündigungssachen; in § 629 für das Mahnverfahren; in §§ 684, 729, 755, 759 für das Zwangsvollstreckungs- und Verteilungsverfahren; in §§ 799, 815, 820 für Arreste und einstweilige Verfügungen; in § 834 für Klagen gegen das Ausschlußurteil. Ferner in KO. §§ 64, 134, 152, 202, 208; in HGB. Art. 190a, 222 (in der Fassung d. RG. v. 18. Juli 1884) für die dort bezeichnete Klage zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung; in RG. betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben in der Fassung der Bekanntm. v. 27. Apr. 1894 (RGBl. S. 381) § 33 für die Klage bezüglich der Verpflichtung zur Entrichtung der in diesem Gesetz festgestellten Abgaben; in RG. v. 1. Mai 1881 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55) §§ 49, 102, 105 und in RG. v. 20. Apr. 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. S. 477) §§ 61, 62 für die dort bezeichneten Klagen.

3. Die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte *erster Instanz* können durch Vereinbarung (§ 38) und durch Versäumung der Unzuständigkeitseinrede (§ 39) umgangen werden, insoweit nicht die *ausschließliche* Zuständigkeit bestimmt ist. Die ausschließliche sachliche Zuständigkeit ist bestimmt in GVG. § 70 Abs. 2, 3 (nicht in GVG. § 23 Nr. 2, vgl. RG. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 101 S. 350), in CPrO. §§ 448 Abs. 3, 471, 547, 568, 571, 594, 606, 617, 620, 621, 624—626, 629, 684, 729, 755, 799, 815 (vgl. Bem. zu § 707); in KO. §§ 64, 134, 152, 202, 208; ferner in HGB. Art. 190a, 222 in der Fassung d. RG. v. 18. Juli 1884, in RG. betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben in der Fassung der Bekanntm. v. 27. Apr. 1894 (RGBl. S. 381) § 33, in RG. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55 §§ 49, 105 und in RG. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. S. 477) §§ 61 Abs. 2, 62 Abs. 2.

Digitized by Google

Die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte höherer Instanz können nicht umgangen werden.

§ 2.

Insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werte des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

Mot. S. 48–50. KPr. S. 4, 506.

1. Die Zuständigkeit der Gerichte hängt von dem Werte des Streitgegenstandes ab in dem Falle des GVG. § 23 Nr. 1 vgl. m. § 70.

2. Die Bestimmungen der §§ 3—9 sind auch maßgebend für die Berechnung des Werts des Beschwerdegegenstandes bei der Revision nach § 508 Abs. 2, für die Berechnung des Werts des Gegenstandes der Verurteilung nach § 649 Nr. 4 und für die Berechnung der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren nach GKG. § 9 und GO. für RA. § 10.

§ 3.

Der Wert des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheines und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Mot. S. 48–50. KPr. S. 4, 506.

Litteratur zu §§ 3—9: J. Schmidt der Werth des Streitgegenstandes als hauptsächlicher Kostenfaktor (Leipzig 1884), Gerlach Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 44 ff. (wertlos), Rittmann der Wert des Streitgegenstandes (Straßburg 1891), Wach I § 31, Planck I § 10.

1. Was Streitgegenstand ist, ergiebt sich aus den Anträgen des Klägers (Widerklägers). Wird Verurteilung beantragt, so ist die Leistung Streitgegenstand, zu der der Beklagte nach dem Antrag des Klägers verurteilt werden soll. Wird Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses beantragt, so ist Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, soweit darüber Urteil begehrt wird [RG. v. 23. Mai 1883 SA. XXXIX Nr. 243]; bei der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ist die Echtheit Streitgegenstand, über dessen Bewertung s. Bem. Nr. 7 zu § 231. Der Streitgegenstand wird einseitig durch den Kläger (Widerkläger) bestimmt; die Verteidigung, auch die Geltendmachung einer Gegenforderung zum Zwecke der Aufrechnung, ist für den Umfang des Streitgegenstandes ohne Bedeutung. Zieht der Kläger von seiner ursprünglichen Forderung eine Forderung des Beklagten ab, so tilgt er einen Teil seiner Forderung durch Aufrechnung, folglich ist nur der Rest Streitgegenstand. [AM. Wach I S. 374.] Bei dem Anspruche aus einem zweiseitigen Vertrage ist die Leistung maßgebend ohne Rücksicht auf die Gegenleistung [RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 116 S. 409; vgl. a. 7. Apr. 1883 XII Nr. 36. 155, Wach I § 30 Nr. 13]. Wird mit einem primären Antrage ein eventueller verbunden, so ist der Wert des höheren Streitgegenstandes maßgebend [RG. 28. Sept. 1886 SA. XLII Nr. 32, 17. Mai 1887 SA. XLIII Nr. 147, OLG. Oldenburg SA. XLIII Nr. 222]. Wird die Verurteilung des Beklagten zu alternativer Leistung nach seiner Wahl beantragt, so ist diese Verpflichtung Streitgegenstand; deren Wert ist zunächst nach der minderen Leistung festzusetzen, jedoch unter der Berücksichtigung der Chance, daß durch spätere Unmöglichkeit, den minderwertigen Gegenstand zu leisten, die Konzentration auf den mehrwertigen eintrete [vgl. RG. 14. Dez. 1889 SA. XLVI Nr. 70].

Digitized by Google

2. Zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen, ist das Gericht im kontradiktorischen Verfahren nur veranlaßt, wenn der Beklagte die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes rechtzeitig bestritten hat (vgl. §§ 38, 39, 247 Nr. 1). Versäumt der Kläger den Termin zur mündlichen Verhandlung und beantragt der Beklagte Versäumnisurteil, so hat das Gericht keinen Anlaß, über den Wert des Streitgegenstandes zu entscheiden; denn in diesem Falle hat das Gericht seine Zuständigkeit nur insoweit von Amtswegen zu prüfen, als Regeln über ausschließliche Zuständigkeit in Frage kommen (vgl. §§ 39, 40); eine ausschließliche Zuständigkeit aber wird durch den Wert des Streitgegenstandes nie begründet. Versäumt der Beklagte den Termin zur mündlichen Verhandlung und beantragt der Kläger Versäumnisurteil, so hat zwar das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen, aber die auf den Wert des Streitgegenstandes bezüglichen Behauptungen des Klägers sind, deren rechtzeitige Mitteilung an den Beklagten vorausgesetzt (vgl. § 300 Nr. 3), als zugestanden anzunehmen; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 5 zu § 296. — Die in erster Instanz erfolgte Festsetzung des Werts kann von dem Berufungsgericht nachgeprüft werden. — Die zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts oder die Zulässigkeit der Revision erfolgte Festsetzung des Werts ist für die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren maßgebend (GKG. § 15, GO. f. RA. § 11).

3. Vorbehaltlich der in den §§ 4—9 enthaltenen Regeln hat das Gericht freies Ermessen bei Festsetzung des Werts. Die in der KO. §§ 58, 63 enthaltenen Bestimmungen über die Berechnung betagter Forderungen und wiederkehrender Hebungen bieten Anhaltspunkte für das richterliche Ermessen, ohne bindend zu sein.

Für die Wertsschätzung ist der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende Wert des Streitgegenstandes (sog. Verkehrswert) maßgebend (nordd. Prot. I S. 80). Die Mot. S. 49 bemerken: „Ein anderer Wert wird nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen können, wenn nach dem Inhalte der Klage der Affektionswert beansprucht wird oder wenn der Streitgegenstand aus besonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einer höheren als den gemeinen Wert hat." Die Bemerkung ist bezüglich des sog. Affektionswerts ungenau. Wird der Affektionswert einer Sache beansprucht, so ist dieser auch Streitgegenstand.

Auf dem Gebiete des Vermögensrechts giebt es keinen unschätzbaren Streitgegenstand [RG. 7. Juni 1882 Entsch. X Nr. 95 S. 322]. Mit dem freien Ermessen des Gerichts sind Schwierigkeiten, wie sie sich z. B. bei einer Klage auf Rechnungsablage oder auf das Recht zur Führung einer Firma ergeben können, zu überwinden.

4. Das Gericht hat zu würdigen, ob zur Festsetzung des Werts eine Beweisaufnahme erforderlich ist. Fehlt es dem Gerichte an den notwendigen Grundlagen für die Wertsfestsetzung, so kann es nach § 135 von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen; andere Beweise können nur auf Antrag aufgenommen werden. Die Beweisaufnahme geschieht nach den Vorschriften des 2. Buchs 1. Abschnitts 4.—5. Titels. Für die Wertsermittelung sind hier die Vorschriften über Glaubhaftmachung (§ 266) nicht maßgebend; anders § 508 Abs. 3.

5. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Bei einer Klage auf Zusendung der anderswo befindlichen Handelsbücher an den Wohnort des Klägers besteht, wenn dem Kläger die Einsicht an dem Orte, wo sich die Bücher befinden, nicht verweigert wird, das Vermögensinteresse in den besonderen Kosten, die damit verbunden wären, daß der Kläger selbst oder durch einen Mandatar die Geschäftsbücher an dem Orte, wo sie sich befinden, einsehen oder sich Abschriften der betreffenden Einträge fertigen lassen müßte: 22. Okt. 1880

Digitized by Google

Entsch. II Nr. 115 S. 403; vgl. a. bay. ob. LG. SA. XXXVI Nr. 242. b) Das Vermögensinteresse bei der Klage auf Herausgabe der Geschäftsbücher einer Genossenschaft, die von dem früheren Vorstand wegen einer Kostenforderung zurückbehalten werden, ist nach freiem Ermessen zu bestimmen: 14. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 28 S. 91. c) Bei einem Prioritätsstreit zwischen zwei Pfandgläubigern ist der Wert des Streitgegenstandes nach der kleineren der beiden Forderungen zu berechnen: 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 366. d) Wird nach einem Beschluß der Verwaltungsbehörde, wodurch der für ein enteignetes Grundstück zu zahlende Betrag festgesetzt wird, vom Expropriaten auf Festsetzung eines höheren Betrags geklagt, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach der Differenz zu bemessen: 26. April 1881 Entsch. IV N. 107 S. 386. e) Der Wert des Streitgegenstandes einer Anfechtungsklage wegen Benachteiligung der Gläubiger ist nach der Forderung des Anfechtungsklägers, nicht nach dem höheren Werte der zurückzugewährenden Sache zu berechnen: 10. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 119 S. 394; ist deren Wert geringer, so ist dieser maßgebend; vgl. a. bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 311. f) Über Streitgegenstand bei einer Negatorienklage s. das in Bem. Nr. 2 zu § 7 cit. U. g) Bei der Klage auf Herausgabe einer Wechselurkunde muß der Streitgegenstand nicht so hoch als die Wechselsumme geschätzt werden: 22. Okt. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 418. h) Über Schätzung des Streitgegenstandes in dem Falle der Widerspruchsklage des Drittschuldners gegen die nach C. c. art. 2169 an ihn ergangene Aufforderung des Hypothekengläubigers s. 16. März 1883 Entsch. X Nr. 103 S. 344. i) Der Wert des Streitgegenstandes bei Klage auf Herausgabe eines hinterlegten Grundschuldbriefs, der nur als Sache zurückgefordert wird, ist nach den Kosten der Wiederherstellung einer solchen Urkunde im Falle des Verlustes zu bemessen: 9. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1100. k) Über Schätzung des Streitgegenstandes bei Noxalklagen s. 1. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 44 S. 100. l) Der Wert des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Herausgabe eines hinterlegten Hypothekenbriefes ist nach freiem Ermessen festzusetzen: 3. Nov. 1888 SA. XLIV Nr. 136. m) Über Schätzung einer bedingten und betagten Forderung (Lebensversicherungspolice) s. 8. Nov. 1888 Entsch. XXII Nr. 84 S. 411 und 28. Dez. 1891 XXVIII Nr. 42 S. 182. n) Über Bestimmung des Werts des Streitgegenstandes bei Klage auf Rechnungslegung s. 31. Mai 1889 SA. XLVI Nr. 284 u. Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1129. o) Über die Bestimmung des Werts des Streitsgegenstandes bei der Klage nach HGB. Art. 190a s. 20. Nov. 1889 Entsch. XXIV Nr. 96 S. 427. p) Bei der Klage auf Befreiung von der persönlichen Haftung für eine Hypothekenschuld ist der Betrag dieser Schuld ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners maßgebend: 23. Nov. 1889 SA. XLVI Nr. 129 u. Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1137. q) Bei der Klage auf Feststellung einer Bürgschaft ist der Betrag, für den der Beklagte nach Behauptung des Klägers gebürgt hat, ohne Rücksicht auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme des Bürgen maßgebend: 20. Dez. 1889 Entsch. XXV Nr. 83 S. 366. r) Bei der Klage auf Entgegennahme der Auflassung ist der Wert des Streitgegenstandes nach dem Interesse des Klägers zu bemessen: 14. Juni 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1138. — Andere, zunächst die Berechnung der Revisionssumme betreffende, aber auch für die Schätzung des Streitgegenstandes bedeutsame UU. s. Bem. Nr. 4 zu § 508.

Entscheidungen anderer Gerichte s. SA. XXXVIII Nr. 185 (Streit über die Art und Weise der Zahlung einer Schuld), XXXVIII Nr. 239 (Streit über Rate einer Brandentschädigung); Rhein. Arch. LXXIII S. 53 u. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 63 (Teilungsprozeß); Ztschr. f. d. CPr. XV S. 398 (Streit über eine Kautionshypothek); Sächs. Arch. III S. 805 (Prozeß über die Gültigkeit der Kündigung einer Hypothek).

Digitized by Google

§ 4.

Für die Wertsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

Mot. S. 48—50. EPr. S. 4, 506.

1. Der Zeitpunkt der Klagerhebung bestimmt sich nach §§ 230, 254, 460, 461. Der in dem Zeitpunkt der Klagerhebung vorhandene Wert bleibt für die Dauer des Rechtsstreits maßgebend (§ 235 Nr. 2). Anders verhält es sich, wenn nicht der Wert des Streitgegenstandes, sondern der Streitgegenstand sich im Laufe des Prozesses verändert. Nach § 235 Nr. 2 bleibt zwar die Minderung des Streitgegenstandes oder die Ermäßigung der Streitansprüche von der einen oder anderen Seite auf die Zuständigkeit des Landgerichts ohne Einfluß; besondere Vorschriften aber enthält der § 467 für den Fall, daß durch Anträge aus §§ 240 Nr. 2, 2, 253 oder durch Erhebung einer Widerklage der Gegenstand des bei einem Amtsgericht anhängigen Rechtsstreits erweitert wird.

2. „Früchte", sowohl fructus civiles als naturales. „Nutzungen", sowohl gesetzliche als vertragsmäßige (nordd. Prot. I S. 80). Der Ausdruck Nutzungen ist der Terminologie des ALR. (I 2 § 110, I 9 § 220) entnommen, aber nicht einseitig aus dem ALR. zu deuten. Der Begriff Nutzung umfaßt außer Früchten und Zinsen auch andere Vorteile, die aus einer Sache gezogen werden. „Zinsen", vereinbarte und gesetzliche. „Schäden", damnum emergens und lucrum cessans, einschließlich einer Konventionalstrafe. „Kosten", gerichtliche und außergerichtliche, z. B. Protestkosten. Pertinenzen gehören nicht zu den außer Ansatz bleibenden Nebensachen.

3. Alle Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden, Kosten bleiben bei der Wertsberechnung schlechthin (nicht nur hinsichtlich des während der Dauer des Prozesses auflaufenden Betrags) außer Betracht, wenn der Anspruch darauf als Nebenforderung d. i. in demselben Prozeß mit einem Hauptanspruche und in Abhängigkeit von dem Hauptanspruche geltend gemacht wird, so daß er nur mit diesem bestehen kann. Nicht als Nebenforderung erscheint daher der Anspruch auf eine eventuelle, für den Fall der Abweisung oder der Nichterfüllung des ersten Anspruchs zu gewährende Leistung. Es ist möglich, daß Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten, obwohl zugleich mit anderen Sachen eingeklagt, doch nicht Nebensachen sind; so z. B. wenn der Auftraggeber von dem Beauftragten die Ablieferung eines von diesem einkassierten Kapitals nebst den Zinsen verlangt. — Bei Berechnung des Werts einer Regreßforderung des Wechselinhabers nach Art. 50 der WO. ist nur die Wechselsumme ohne Provision, Protestkosten, Portoauslagen anzusetzen und zwar, wenn die Regreßsumme nach Kurs gefordert wird, nach dem Kurse eines vom Zahlungsorte auf den Wohnort des Beklagten wegen der Wechselsumme gezogenen Sichtwechsels. Dagegen ist bei der Regreßklage des Indossanten nach Art. 51 der WO. die ganze gezahlte Summe zu dem Kurse eines Sichtwechsels vom Wohnorte des Indossanten auf den des Beklagten Hauptforderung; nur die Zinsen von dieser Summe, die dem Indossanten entstandenen Kosten und seine Provision sind Nebenforderungen. [Vgl. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 476 f., KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 356.]

4. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Provision, Protestkosten, Portoauslagen sind bei Berechnung der Revisionssumme (folglich auch des Werts des Streitgegenstandes) nicht zu berücksichtigen: 23. Dez. 1879 Entsch. I Nr. 83 S. 228 und 16. Juli 1883 IX Nr. 117 S. 411 (es scheint in beiden Fällen Regreßklage nach Art. 50 der WO. vorgelegen zu sein; vgl. Entsch. XXXII S. 76). Ebenso bei Klage gegen den Acceptanten: 28. Jan. 1892 XXIX Nr. 83 S. 332. Bei Regreßklage des Indossanten gegen den Aus-

Digitized by Google

steller nach Art. 51 der WO. ist der zur Einlösung des Wechsels gezahlte Betrag einschließlich der ausgelegten Zinsen, Kosten und Provision als Hauptforderung zu betrachten: 9. Dez. 1893 XXXII Nr. 21 S. 75. b) Bei Berechnung des Streitgegenstandes in einem Prioritätsstreite zwischen zwei Gläubigern sind die Zinsen nicht zu berücksichtigen: 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 367, 23. Juni 1882 VII Nr. 98 S. 327, 25. März 1887 XVIII Nr. 80 S. 373; vgl. a. Entsch. VII Nr. 98, X Nr. 103 u. Nr. 121, XII Nr. 64 und JWSchr. S. 311. c) Der vom Cessionar gegen den Cedenten neben dem Anspruch auf Rückzahlung der Valuta geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des wider den Schuldner geführten Prozesses ist keine Nebenforderung im Sinne des § 4: 18. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 106 S. 365. d) Die Forderung auf Ersatz von Futterkosten ist bei actio redhibitoria gegen einen Pferdekauf nicht Nebenforderung i. S. des § 4: 7. Mai 1884 Entsch. XIII Nr. 106 S. 396; vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 353. e) Auch im Arrestprozesse werden die neben der Hauptsumme zu sichernden Zinsen und Kosten bei Berechnung des Streitgegenstandes nicht berücksichtigt: 25. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 88 S. 412 ff. f) Wird neben dem Kapitalsanspruch ein Anspruch auf Rechnungslegung nur zu dem Zwecke erhoben, um die Höhe der restigen Zinsen zu ermitteln, so bleibt dieser Anspruch bei der Wertsberechnung außer Ansatz: 21. Apr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 105 S. 395. g) Bei einer Anfechtungsklage werden die Zinsen und Kosten, die der Kläger nach seinem Vollstreckungstitel zu fordern hat, mitgerechnet: 10. Okt. 1892 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 10. h) Zinsen, die der Kläger ohne Vereinbarung mit dem Gegner zum Kapital geschlagen hat, kommen bei Berechnung des Werts des Streitgegenstandes nicht in Betracht: 3. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 97 S. 377.

5. Die Bestimmung des § 4 kann zur Folge haben, daß, wenn der Wert solcher Nebenforderungen die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigt, ihre Geltendmachung aber in Verbindung mit einem geringeren Hauptanspruche erfolgt, das Amtsgericht, wenn dagegen die Nebenforderungen selbständig eingeklagt werden, das Landgericht zuständig ist (Mot. S. 49 f.).

§ 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

Mot. S. 48—50. EPr. S. 4, 12, 506.

1. Die Bestimmung des § 5 gilt auch dann, wenn die mehreren in einer Klage verbundenen Ansprüche auf verschiedenen Gründen beruhen und wenn sie von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind (Mot. S. 50). Werden in einer Widerklage mehrere Ansprüche geltend gemacht, so findet unter diesen Zusammenrechnung statt, während bei mehreren successiv erhobenen Widerklagen desselben Vorbeklagten oder verschiedener Vorbeklagter der Wert des einzelnen Anspruchs maßgebend ist [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 105].

2. Wird von mehreren Gesamtgläubigern oder gegen mehrere Gesamtschuldner auf die ganze Leistung geklagt, so ist der Streitgegenstand nur nach der einfachen Leistung zu berechnen, durch deren Entrichtung die Gesamtforderung oder Gesamtschuld getilgt wird. [Vgl. Wach I § 31 N. 39, OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 475.]

3. Zu § 5 wurde in der JK. d. RT. konstatiert, daß unter Ansprüchen, die zusammen zu rechnen sind, nur diejenigen zu verstehen seien, welche selbständig, nicht auch solche, die accessorisch geltend gemacht werden. Es werden also z. B. Kapital und Zinsen nicht zusammengerechnet, soweit die Zinsen Nebensache des in der Klage geforderten Kapi-

Digitized by Google

tals sind. Dagegen werden die Kapitalforderung x und die Zinsforderung aus dem Kapitale y zusammengerechnet.

4. Ist infolge der Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachter Ansprüche die landgerichtliche Zuständigkeit begründet, so wird durch die Anordnung des Gerichts, daß die mehreren Ansprüche in getrennten Prozessen zu verhandeln seien (§ 136), an der Zuständigkeit des Landgerichts nichts geändert, wenn auch die einzelnen Ansprüche zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Ebensowenig hebt die nach § 138 angeordnete Verbindung mehrerer Prozesse die Zuständigkeit des Amtsgerichts auf, wenn sich auch bei Zusammenrechnung der Streitgegenstände die Zuständigkeit des Landgerichts ergäbe; wohl aber werden bei der Berechnung der Revisionssumme die Ansprüche zusammengerechnet. [Vgl. RG. 3. Juli 1881 Entsch. V Nr. 35 S. 354, 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 130 S. 416, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 264 und Bl. f. RA. LIV S. 272. AM. Gaupp I S. 300 N. 5].

5. Von der Bestimmung, daß der Gegenstand der Klage und der Widerklage nicht zusammen zu rechnen sei, weicht GKG. § 11 Abs. 1 (GO. f. RA. § 10) ab. [Vgl. zu diesem § 11 RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 116 S. 408 ff.]

§ 6.

Der Wert des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Wert einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Wert, so ist dieser maßgebend.

Mot. S. 48—50. S. KPr. S. 4, 506.

1. Die Motive bemerken: „Die §§ 6—9 stehen nicht im Widerspruch mit dem durch § 3 für entscheidend erklärten freien Ermessen des Gerichts; sie geben die leitenden Grundsätze für die Wertsberechnung in einzelnen besonderen Fällen, welche in der Praxis oft vorkommen und in welchen die Feststellung des Wertes des Streitgegenstandes erfahrungsgemäß nach verschiedenen Grundsätzen geschieht. Eine solche verschiedenartige Praxis ist daher unerwünscht; es sollen daher die §§ 6—9 auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurteilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen."

Die Vorschriften der §§ 6—9 sind nicht bloß instruktionell, sondern ebenso bindend, wie die Vorschriften der §§ 4, 5; die Verletzung begründet die Revision.

2. Die Bestimmung, daß der Wert der Sache maßgebend sein soll, wenn deren Besitz Gegenstand des Streits ist, schneidet die schwierige Untersuchung über den Wert des Besitzes im Gegensatz zum Eigentum ab. Sie findet sowohl auf Besitzklagen im eigentlichen Sinne, als auch auf obligatorische Klagen, bei denen der Besitz Streitgegenstand ist (z. B. Kondiktionen des Besitzes) Anwendung. Die actio ad exhibendum hat nicht den Besitz zum Gegenstand, gehört also nicht hierher. Wie der Besitz von körperlichen Sachen nach dem Werte der Sache, ist der Quasibesitz eines Rechts nach dem Werte des Rechts zu schätzen.

3. Wird auf Sicherstellung einer Forderung geklagt, so ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach dem sich zu Folge der Sicherstellung ergebenden, meist schwer zu berechnenden Mehrwert, sondern nach dem Betrag der Forderung selbst zu bemessen.

4. Ist ein Pfandrecht Gegenstand des Streits, so ist der Betrag der Forderung, und wenn der Wert des Pfandobjekts geringer ist, dieser maßgebend. Ein Pfandrecht ist Streitgegenstand bei der Pfandklage (actio hypothecaria), der Klage auf Löschung, der

Digitized by Google

Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Pfandrechts; nicht bei der Klage des Verpfänders auf Herausgabe der Pfandsache und nicht bei der Klage des persönlichen Gläubigers gegen den Pfandschuldner auf Zahlung der Schuld. Wird die Schuldklage mit der Pfandklage verbunden, so entscheidet nur der Betrag der Forderung über die Zuständigkeit, der Schlußsatz des § 6 ist unanwendbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 28, Wach I § 31 N. 57 a. E. AM. Hellmann Komm. I S. 58, v. Sarwey I S. 21.]

5. Der Wert des Pfandgegenstandes ist unter Abrechnung des durch vorgehende Pfandrechte in Anspruch genommenen Werts in Betracht zu ziehen; denn nur der Überschuß ist Deckung für den nachstehenden Pfandgläubiger und die Deckung ist, wenn sie hinter der Forderung zurückbleibt, das Entscheidende. [Vgl. Wach I § 31 N. 57. AM. Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 28 N. 9, RG. 6. Febr. 1886 JWSchr. S. 89, 12. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 76 S. 388, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 786, OLG. Darmstadt Arch. f. pr. RW. NF. XVI S. 72; vgl. jedoch auch RG. 13. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1177, wo in einem Rechtsstreite über Eintragung eines fideikommissarischen Erbrechts in das Grundbuch in entsprechender Anwendung des § 6 der Wert der voreingetragenen Lasten bei der Wertsberechnung abgezogen wurde.]

6. In dem Prozesse um den Vorrang eines Pfandrechts vor einem anderen ist das minderwertige der Pfandrechte für die Schätzung des Streitgegenstandes maßgebend. Der Wert der Pfandrechte wird auch in diesem Falle durch den Betrag der Forderungen bestimmt, es wäre denn, daß der Gegenstand des Pfandrechts geringeren Wert hätte [vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. IV Nr. 100 S. 366].

7. Entscheidungen des Reichsgerichts: a) Der Wert des Streitgegenstandes der Widerspruchsklage des Drittbesitzers gegen die nach C. c. art. 2169 ergangene Aufforderung des Gläubigers ist nach § 6 zu bestimmen: 16. März 1883 Entsch. X Nr. 103 S. 344. b) Der Wert des Streitgegenstandes bei Widerspruchsklagen gegen die Pfändung (§ 690) ist nach § 6 zu bestimmen; daß die Pfandsachen verkauft worden sind, hat keinen Einfluß auf die Wertsberechnung: 30. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 121 S. 394 (vgl. a. bay. ob. LG. Bl. f. RA. L S. 414). c) Auf die Schätzung von Retentionsrechten ist § 6 nicht anwendbar: RG. 7. April 1883 Entsch. XII Nr. 36 S. 155. d) Der Wert des Streitgegenstandes bei einer Klage auf Löschung einer Kautionshypothek ist nach dem Nominalbetrage, nicht nach der Höhe der entstandenen Forderung, zu bestimmen: 18. Juni 1892 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 17.

§ 7.

Der Wert einer Grunddienstbarkeit wird durch den Wert, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Wert des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

Mot. S. 48—50. KPr. S. 4, 506.

1. Der Wert einer Grunddienstbarkeit kann von zwei Punkten aus gemessen werden: vom herrschenden Grundstück aus als Wertserhöhung oder vom dienenden Grundstück aus als Wertsminderung. Bei Berechnung des Werts des Streitsgegenstandes ist von beiden Standpunkten aus zu messen und das höhere der beiden Messungsergebnisse zu Grunde zu legen. Die Vorschrift des § 7 gilt nicht bloß für dingliche, sondern auch für obligatorische Klagen, deren Gegenstand eine Grunddienstbarkeit ist. Für persönliche Dienstbarkeiten gilt die Vorschrift nicht. Ebensowenig für Superficies, Emphyteuse, Lehen, Reallasten. Wegen der Schätzung des Quasibesitzes einer Grunddienstbarkeit vgl. § 6 Bem. Nr. 2. — Auf die

Digitized by Google

Schätzung persönlicher Rechte, die inhaltlich einer Grunddienstbarkeit ähnlich sind, findet § 7 entsprechende Anwendung [RG. 9. Mai 1892 Entsch. XXIX Nr. 108 S. 406].

2. § 7 gilt sowohl für die actio confessoria als für die a. negatoria, wenn mit dieser die Zurückweisung eines Eingriffs in das Eigentum bezweckt wird, der als Ausübung einer Dienstbarkeit erscheint, oder wenn direkt auf Aberkennung einer behaupteten Servitut geklagt wird. Wird mit der a. negatoria wegen Störungen des Eigentums geklagt, die nach dem Vortrage des Klägers sich nicht als Ausübung einer Servitut darstellen, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen [RG. 18. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 110 S. 390].

§ 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Wertsberechnung entscheidend.

Mot. S. 48—50. EPr. S. 4, 506.

1. Die Vorschrift des § 8 gilt nur für Prozesse, in denen eine Entscheidung darüber verlangt wird, ob ein Pacht- oder Mietverhältnis für einen bestimmten Zeitraum bestehe oder nicht bestehe. Eine solche Entscheidung kann in der Klage oder auch im Laufe eines Prozesses vom Kläger durch Erweiterung des Klagantrags oder vom Beklagten durch Erhebung einer Widerklage beantragt werden, wenn streitig geworden ist, ob das Miet- oder Pachtverhältnis für einen bestimmten Zeitraum besteht oder nicht, und die Entscheidung des Rechtsstreits von dieser Vorfrage abhängt (§ 253). Ist aber eine Entscheidung über die Dauer des Miet- oder Pachtverhältnisses für einen bestimmten Zeitraum nicht beantragt, so findet nicht § 8, sondern die Regel des § 3, also Schätzung nach freiem Ermessen, Anwendung. Für die Klage auf Räumung eines Pachtguts oder einer Mietwohnung ergiebt sich hieraus folgendes: die Klage auf Räumung des Pachtguts oder der Mietwohnung wegen Ablaufs des Pacht- oder Mietverhältnisses fällt nicht unter § 8; wenn aber von dem Beklagten (vor dem Prozesse oder im Prozesse) behauptet wurde, daß das Pacht- oder Mietverhältnis noch für eine bestimmte Zeit fortbestehe und darüber eine Entscheidung in der Klage oder gemäß § 253 vom Kläger oder vom Beklagten verlangt wird, wird der § 8 anwendbar. [Vgl. Wilm. Levy (6) N. 1, A. Förster N. 1, Reincke S. 30, Warmuth Ztschr. f. d. EPr. V S. 501 ff., der übrigens den § 8 zu eng auf reine Feststellungsprozesse beschränkt, Wach Handb. I § 31 N. 64 S. 388, RG. 25. Sept. 1890 Entsch. XXVI Nr. 94 S. 431 ff., 15. Dez. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1167, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 789. Dagegen erachten Struckm. Koch (6) N. 1, Gaupp I S. 30, Petersen (3) S. 25 f. und das RG. 29. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 29 S. 378, verein. CS. 4. Juni 1894 Entsch. XXXIII Nr. 1 S. 1 den § 8 schon für anwendbar, wenn der Anspruch auf Räumung darauf beruht, daß ein dem Pacht- oder Mietbesitze zu Grund liegender Pacht- oder Mietvertrag von einer über den geltend gemachten Räumungszeitpunkt (sic!) hinausgehenden Dauer nicht in rechtsverbindlicher Weise zustande gekommen oder vor Ablauf jener Dauer hinfällig geworden sei.] Wird die Kündigung eines Pacht- oder Mietverhältnisses behauptet und die Gültigkeit der Kündigung vom Gegner bestritten, so ist die Fortdauer des Pacht- oder Mietverhältnisses von dem Zeitpunkt, auf den angeblich gekündigt wurde, bis zu dem Zeitpunkt, auf den wieder gekündigt werden könnte, streitig [RG. Entsch. XVII S. 379].

2. Die nach GVG. § 23 Nr. 1 den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des

Digitized by Google

Streitgegenstandes zugewiesenen Mietstreitigkeiten fallen nicht mit den in § 8 behandelten zusammen. Auf Dienstmiete und Werkverdingung bezieht sich § 8 überhaupt nicht [RG. 8. April 1881 Entsch. IV Nr. 113 S. 399]; auch nicht auf Dienstwohnungen [RG. 17. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 113 S. 373].

§ 9.

Der Wert des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werte des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;

auf den fünfundzwanzigfachen Betrag bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesamtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

Mot. S. 48—50. EPr. S. 4, 506.

1. Die Vorschriften des § 9 gelten für dingliche und obligatorische Rechte auf Nutzungen oder Leistungen, die in Zwischenräumen wiederkehren, nicht für Rechte auf währende Benutzung, wie Nießbrauch u. dgl. Wird ein einzelner Betrag eingeklagt, ohne daß eine Entscheidung über das Recht auf wiederkehrende Leistung verlangt wird, so findet § 9 nicht Anwendung; Streitgegenstand ist nur der eingeklagte Betrag. Wird in der Klage auf Feststellung des Rechts auf wiederkehrende Leistungen zugleich ein bereits fälliger Rückstand verlangt, so ist dieser Anspruch nicht als Nebenforderung zu behandeln; vielmehr ist der Wert des nach § 9 anzuschlagenden Rechts und der Betrag der eingeklagten fälligen Rückstände zusammenzurechnen. [Vgl. RG. verein. CS. 28. Sept. 1887 Entsch. XIX Nr. 84 S. 416; dazu RG. 15. Apr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 86 S. 359, wo ausgesprochen ist, daß bei Berechnung der Revisionssumme die nach Erhebung der Klage fällig gewordenen Beträge nicht selbständig neben dem Werte des Rechts in Ansatz kommen.] — § 9 ist anwendbar bei Klage auf Unterhalt bis zur Wiedervereinigung der Ehegatten [RG. 9. Juli 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1193].

§ 9 ist nicht anwendbar, wenn wiederkehrende, für die Dauer des Prozesses zugesprochene Leistungen — z. B. für die Dauer des Scheidungsprozesses angewiesene Unterhaltsbeiträge — abzuschätzen sind; hier ist der Streitgegenstand nach freiem Ermessen (§ 3) zu bestimmen; denn § 9 setzt die Fortdauer des Bezugsrechts während eines Zeitraums von $12^1/_2$ Jahren als möglich voraus, die Prozeßdauer kann aber nicht auf so lange Zeit veranschlagt werden [vgl. RG. verein. CS. 8. Juli 1889 Entsch. XXIV Nr. 81 S. 373, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 352]. — Auch dann ist § 9 anwendbar, wenn der Beginn des Bezugsrechts von einem künftigen, unbestimmten Zeitpunkte abhängt [RG. 29. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 86 S. 409]. — Auf die Schätzung des Anspruchs auf Dienstwohnung ist § 9 nicht anzuwenden [RG. 17. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 113 S. 373].

2. Kehren die Leistungen oder Nutzungen in bestimmter Höhe, aber in kleineren oder größeren als einjährigen Zwischenräumen wieder, so ist zunächst der einjährige Bezug zu berechnen; dann ist dieser nach § 9 zu kapitalisieren. Läßt sich aber kein einjähriger Bezug feststellen, weil die Nutzungen oder Leistungen in unbestimmten Zwischenräumen und in wechselnder Größe wiederkehren, wie z. B. bei Kirchenbaulasten [vgl. bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 267], so ist der § 9 nicht anwendbar; vielmehr tritt Freiheit des Ermessens (§ 3) ein. Auch wenn die Leistungen zwar in bestimmten Zwischenräumen, aber in wechselnder Größe wiederkehren, z. B. bei unfixierten Zehenten, kommt § 9 nur als Anhalt für das richterliche Ermessen in Betracht. [Vgl. RG. 17. Mai 1887 SA. XLIII Nr. 62.]

Digitized by Google

§ 10.

Das Urteil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

Mot. S. 51. KPr. S. 4, 495—497, 506.

1. Bei der präsumtiv besseren Besetzung des Kollegialgerichts fehlt es an einem sachlichen Grunde, dem Kläger ein Rechtsmittel zu gestatten, wenn einmal die landgerichtliche Zuständigkeit ausgesprochen ist. Natürlich findet § 10 auch auf das Urteil des Landgerichts Anwendung, das die Einrede der Unzuständigkeit verworfen hat. [Vgl. Wach I § 30 N. 5, RG. 1. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 117 S. 433, 27. Juni 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1131.] Ebenso dann, wenn nicht das Landgericht selbst, sondern erst das Oberlandesgericht, als Berufungsgericht ausgesprochen hat, daß das Landgericht sachlich zuständig oder unzuständig sei [RG. 3. Juni 1889 Entsch. XXIII Nr. 101 S. 429].

2. Die Vorschrift des § 10 bezieht sich sowohl auf die Zuständigkeitsbegrenzung nach dem Werte des Streitgegenstandes (GVG. § 23 Nr. 1), als auch auf die Zuständigkeitsverteilung nach anderen Kriterien (GVG. § 23 Nr. 2) [RG. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 101 S. 350, 1. Mai 1884 XI Nr. 117 S. 433, 27. Juni 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1132]; nicht aber auf Fälle, in denen das Amtsgericht (wie z. B. zur Verhandlung und Entscheidung über den Widerspruch gegen einen vom Amtsgericht erlassenen Arrestbefehl) ausschließlich zuständig ist [RG. 14. Juni 1887 Entsch. XVIII Nr. 76 S. 361, 5. Apr. 1887 XVIII Nr. 81 S. 377].

3. Die Vorschrift des § 10 hindert den Beklagten, der gegen das Versäumnisurteil eines Landgerichts Einspruch erhoben hat, nicht, in der Verhandlung über den Einspruch die landgerichtliche Zuständigkeit zu bestreiten.

§ 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

Mot. S. 51. KPr. S. 7, 506.

1. In den Motiven S. 51 heißt es: „Durch diese Vorschrift soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, und dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 36 Nr. 6 ausgeschlossen werden."

Die Worte „aus demselben Grunde" scheinen die Auslegung zu begünstigen, daß das Gericht, bei dem die Sache später anhängig wird, sich aus einem anderen aus den Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit entnommenen Grunde (z. B. das Amtsgericht auf Grund des GVG. § 70 Abs. 2, nachdem das Landgericht sich auf Grund des GVG. § 23 für unzuständig erklärt hatte) für unzuständig erklären könne. Die Auslegung ist aber mit dem Texte nicht vereinbar, denn darin sind die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit als einheitliche Gruppe von Rechtsnormen aufgeführt. Vielmehr ist § 11 dahin zu verstehen, daß über die sachliche Zuständigkeit nicht nochmals verhandelt und entschieden werden soll. [Vgl. Mot. zu Entw. I S. 253, Wilm. Levy N. 1, Petersen (3) S. 30. AM. Struckm. Koch N. 1, Gaupp I S. 33, der sich irrtümlich auf Entsch. XVII S. 383 beruft.]

Die Vorschrift gilt sowohl, wenn ein Landgericht (Civilkammer oder Kammer f. HS.)

Digitized by Google

als wenn ein Amtsgericht sich für sachlich unzuständig erklärt hat. Gebunden an die rechtskräftige (§ 645) Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit ist nicht bloß das unter- oder übergeordnete Amts- oder Landgericht [wie Kleiner I S. 101 aus Mißverständnis behauptet], sondern jedes später angegangene ordentliche Gericht. Ob mit der Unzuständigkeitserklärung eine Verweisung nach §§ 249, 466 stattgefunden hat oder nicht, ist für die Anwendbarkeit des § 11 gleich. Für Verweisungen von der Civilkammer an eine Kammer f. HS., und umgekehrt, hat § 11 keine Bedeutung.

2. Auf Grund der Bestimmungen über den Gerichtsstand kann das Gericht, bei dem die Sache später anhängig wird, sich immer noch für unzuständig erklären. Das später angegangene Gericht kann die Unzulässigkeit des Rechtswegs aussprechen; denn dabei handelt es sich nicht um Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte. Auch bezieht sich der § 11 nicht auf das Verhältnis zwischen den ordentlichen und den in GVG. § 14 zugelassenen besonderen Gerichten (s. jedoch Bem. Nr. 3). Über das Verhältnis der Revision zu § 11 s. Bem. 2 zu § 509.

3. Nach RG. v. 29. Juli 1891 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 26 findet die Vorschrift in § 11 der CPO. über die bindende Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung, durch die ein Gericht sich für sachlich unzuständig erklärt hat, in dem Verhältnis der Gewerbegerichte und der ordentlichen Gerichte Anwendung. Eine solche Entscheidung des ordentlichen Gerichts ist auch insoweit, als sie auf der Annahme der örtlichen Zuständigkeit eines bestimmten Gewerbegerichts beruht, für das Gewerbegericht bindend.

Zweiter Titel.
Gerichtsstand.

1. Über den Begriff Gerichtsstand und dessen Verhältnis zu sachlicher Zuständigkeit s. die Bem. vor § 1.

2. Die §§ 12—20 behandeln die allgemeinen Gerichtsstände, die §§ 21—34 die besonderen. Der § 35 regelt das Verhältnis mehrerer örtlich zuständiger Gerichte zu einander. Die §§ 36, 37 ordnen für gewisse Fälle die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht an.

3. Außerhalb des 2. Titels des 1. Abschnitts des 1. Buches sind in folgenden §§ der CPO. Bestimmungen über örtliche Zuständigkeit erhalten; in § 61 für die Hauptintervention, in § 547 für die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen, in § 566 für die Wechselklagen, in den §§ 568, 594, 606, 617, 621, 624 für Ehe- und Entmündigungssachen, in § 629 für das Mahnverfahren, in den §§ 823, 839 für die Amortisation von Urkunden und in § 871 für die Klage im schiedsrichterlichen Verfahren. Zahlreiche Bestimmungen über örtliche Zuständigkeit enthält das 8. Buch „Zwangsvollstreckung" (§§ 660, 667, 684, 686, 687, 690, 704, 705, 710, 729, 750—752, 755, 756, 759, 774, 775, 778, 780). Für einzelne Fälle (§§ 823 Abs. 2, 837 Abs. 3; EG. §§ 11, 15 Nr. 5) sind landesgesetzliche Anordnungen über den Gerichtsstand aufrecht erhalten. Fernere Bestimmungen über Gerichtsstand s. KO. §§ 64, 134, 152, 202, 208; HGB. Art. 190a, 222, 310, 315, 455, 475, 476; Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) § 21; RG. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55) §§ 49, 105; Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) § 12 Abs. 1; RG. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. S. 477) §§ 61 Abs. 2, 62 Abs. 2; RG. v. 12. Mai 1894 zum Schutze der Warenbezeichnungen (RGBl. S. 441) § 23 Abs. 2.

In vielen der angeführten Paragraphen sind neben Bestimmungen über den Gerichtsstand Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit enthalten. Eine Vergleichung

Digitized by Google

der in Bem. 2 zu § 1 zusammengestellten Gesetzesbestimmungen über sachliche **Zuständigkeit** mit der vorstehenden Übersicht ergiebt die Fälle, wo solche Kombination **vorliegt**.

4. Die Bestimmungen über den Gerichtsstand können in erster Instanz **umgangen** werden durch Vereinbarung (§ 38) und Versäumung der Unzuständigkeitseinrede (§ **39**), *insoweit* nicht ein **ausschließlicher** Gerichtsstand bestimmt ist. Ausschließliche **Gerichtsstände** sind bestimmt in § 25 für die dinglichen Immobiliarklagen, in § 471 für den **freiwilligen** Sühneversuch, in § 548 für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage, in den §§ **568**, **594**, 606, 617, 621, 624 für Ehe- und Entmündigungssachen, in § 629 für das **Mahnverfahren**, in § 839 Abs. 2 für das Aufgebotsverfahren; gemäß § 707 sind die **sämtlichen** im 8. Buche (Zwangsvollstreckung einschließlich Arrest und einstweilige Verfügungen) **angeordneten** Gerichtsstände ausschließliche. Ausschließliche Gerichtsstände sind ferner **vorgesehen** in **KO.** §§ 64, 134, 152, 202, 208; **HGB.** Art. 199a, 222; **RG. v. 1. Mai** 191 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55) §§ 49, 102, 105; RG. v. 20. Apr. 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. S. 477) §§ 61 Abs. 2, 62 Abs. 2.

5. Die Vorschriften über den Gerichtsstand gelten, soweit nicht einzelne **Ausnahmen** (§§ 568 Abs. 2, 594 Abs. 2, 617 Abs. 2) gemacht sind, nicht nur für die Inländer, d. h. die Angehörigen des Deutschen Reichs, sondern auch für Ausländer und zwar ohne **Rücksicht** auf die Parteistellung der betreffenden Personen im Prozesse und — entgegen der altpreußischen Praxis [Erk. des OTr. v. 26. April 1855 Strieth. Arch. XVII S. 144] — ohne Rücksicht darauf, ob es sich um den allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand handelt. — Wegen der Sonderstellung der Exterritorialen s. GVG. §§ 18—21. Die *dort* genannten Exterritorialen haben in Deutschland keinen Gerichtsstand mit Ausnahme des Gerichtsstandes des § 25. Wo sie im Auslande einen Gerichtsstand haben, bestimmt *das* ausländische Gesetz [vgl. RG. 22. Dez. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 1166]. — **Über** die Frage, ob ausländische Staaten der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind vgl. Droop in Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 289 ff.; Begründung des (nicht angenommenen) Entwurfs eines Gesetzes betr. die Ergänzung des GVG. Reichst. 6. Leg.-Per., 1. Sess. 1884/85 Nr. 114 der Drucksachen, nebst dem darüber erstatteten Kommissionsbericht, Nr. 379 der Drucksachen; ferner Erk. d. bayer. GH. f. Komp.Konfl. vom 5. März 1885, Beil. I z. Ges.- u. VBl. 1885, Beschl. d. KG. Berlin SA. L Nr. 97.

Das Gesetz erkennt keinen privilegierten Gerichtsstand an und reserviert nur durch EG. § 5 den landesrechtlich bestehenden Sondergerichtsstand der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern. Nach preuß. Ges. v. 26. April 1851 Art. III haben die Mitglieder der Königlichen sowie der genannten Fürstlichen Familie ihren persönlichen Gerichtsstand bei dem mit dem Kammergericht verbundenen Geheimen Justizrat. Vgl. Pr. AG. z. GVG. § 18. Für **Bayern** vgl. Art. 1 des AG. v. 23. Febr. 1879 (Ges.- u. VBl. S. 63. Für **Sachsen** vgl. Ges. v. 20. Aug. 1879 (Ges.- u. VBl. S. 323). Für **Württemberg** vgl. Art. 1, 2 des Ges. v. 18. Aug. 1879 (RBl. S. 173) und Gaupp (1) I S. 40.

6. Die zur Begründung eines Gerichtsstandes dienenden Thatsachen sind vom Kläger zu behaupten und zu beweisen. [Vgl. Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 255 ff. Stein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 433 ff., P. Mayer Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 241 ff., Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1 ff., RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381, 7. März 1882 Entsch. VII Nr. 90 S. 310, bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 131, RG. 11. Febr. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 706, RG. 11. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 97 S. 311, 6. Dez. 1893 SA. XLIX Nr. 194.] Vgl. a. Bem. Nr. 6 zu § 29.

Digitized by Google

§ 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Mot. S. 52. KPr. S. 7, 506.

1. Der allgemeine Gerichtsstand ist nach der Person des Beklagten bestimmt (actor sequitur forum rei).

2. Allgemeiner Gerichtsstand ist die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts für alle Klagen, für die kein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. In welchen Fällen ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, s. Bem. Nr. 4 vor § 12. Im Gegensatz zum allgemeinen ist der besondere Gerichtsstand nur für gewisse Arten von Klagen begründet.

§ 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz bestimmt.

Mot. S. 53, 54. KPr. S. 7, 8, 506.

1. In Übereinstimmung mit dem früheren gem. Recht und allen neueren Prozeßgesetzen erklärt der § 13 als den prinzipiellen Entstehungsgrund des allgemeinen Gerichtsstandes den Wohnsitz des Beklagten. Das Gesetz giebt keine Definition des Wohnsitzes, davon ausgehend, daß der prozeßrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen Wohnsitze identisch ist, und daß der Begriff des Wohnsitzes sowie die Voraussetzungen, unter denen der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt werden. [Vgl. RG. 3. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 103 S. 347. AM. Wach I § 34 bei Nr. 7 ff., der den Begriff des Wohnsitzes nur aus der CPO. entnehmen will].

Die gemeinrechtlichen Bestimmungen über Wohnsitz sind enthalten in l. 7 C. de incolis 10, 39; l. 203 D. de V. S. 50, 16; l. 6 § 2, l. 17 § 13, l. 27 § 1 D. ad munic. 50, 1; vgl. noch l. 2 C. de incolis 10, 39; l. 32, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1; l. 5 D. de R. N. 23, 2; l. 8 C. de incolis 10, 39; l. 5, l. 22 § 3, l. 27 § 2, 3 D. ad munic. 50, 1. Dazu Windscheid Pand. I § 36, Savigny Syst. VIII §§ 353, 354, SA. II Nr. 5, X 220, XVI 65, 89, XVIII 204, XIX 4, 6, XX 1, XXII 112, UU. d. RG. SA. XL Nr. 237, Entsch. XV Nr. 95 S. 367 (kein Wohnsitzwechsel zufolge Strafhaft); Arch. f. c. Pr. LXIX S. 446. Die Bestimmungen des preuß. Rechts sind in der Einleitung zum ALR. §§ 23 ff., die Bestimmungen des franz. Rechts in Code civil art. 102—109, die Bestimmungen des bayer. Rechts in § 3 cap. II des Cod. jud. bav. enthalten. Die letzterwähnten Bestimmungen sind trotz ihrer Stellung in der aufgehobenen Ger.O. als materiellrechtliche in Geltung geblieben.

Wenn nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts jemand an mehreren Orten Wohnsitz haben kann [vgl. f. d. gem. Recht Windscheid a. a. O. N. 7 und für das preuß. ALR. das in Bem. Nr. 1 cit. Urt. d. RG. Entsch. XXX Nr. 103], kann auch der allgemeine Gerichtsstand dieser Person bei mehreren Gerichten begründet sein.

Nach dem Civilrecht bemißt sich auch, ob jemand ein domicilium necessarium hat. Besteht ein solches, so ist es für § 13 maßgebend, soweit nicht die folgenden §§ im Wege stehen. [Vgl. RG. 28. Dez. 1888 Entsch. XXII Nr. 75 S. 385, das den art. 107 des C. c. als geltend behandelt. AM. Wach I § 34 N. 26 und Gaupp I S. 36 f.]. Nach preuß. R. beginnt der Wohnsitz eines Beamten am Amtssitz nicht mit der Anstellung, sondern erst mit der thatsächlichen Niederlassung [RG. 1. Mai 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1141].

Für Entscheidung der Frage, ob jemand seinen Wohnsitz im Bezirke des angegangenen Gerichts habe, ist das am Sitze des Prozeßgerichts geltende bürgerliche Recht maßgebend.

Digitized by Google

2. Aus §§ 13 und 18 ergiebt sich, daß für Personen, die den Wohnsitz im Auslande haben, im Deutschen Reiche kein allgemeiner Gerichtsstand besteht; nicht aber, daß solche Personen im Auslande ihren allgemeinen Gerichtsstand da haben, wo ihr Wohnsitz ist; denn darüber hat nicht das deutsche, sondern das ausländische Gesetz zu bestimmen. Es ist daher ungenau, wenn die Motive S. 53 f. sagen, daß der allgemeine Wohnsitzgerichtsstand dort sei, wo der Beklagte wohne, gleichviel ob der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande liege. [AM. Wach I § 34 N. 5.] Besondere Bestimmungen für den Fall, daß der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes im Auslande ist, enthalten die §§ 705, 729, 780.

3. Von dem civilrechtlichen Wohnsitz ist der politische Wohnsitz (domicile politique) d. i. der Ort, wo jemand Heimat, Ansässigkeit, Bürgerrecht, Wahlrecht hat, sowie der sog. Unterstützungswohnsitz (RG. v. 6. Juni 1870) zu unterscheiden. Der politische und der Unterstützungswohnsitz können von dem civilrechtlichen Wohnsitz verschieden sein. — Das domicile élu des franz. Rechts (vgl. EG. § 15 Nr. 5) ist nicht Wohnsitz im Sinne des § 13. In der Bestimmung eines domicile élu kann eine Vereinbarung über den Gerichtsstand liegen.

4. Gerichtsstand für Klagen in Patentprocessen gegen den im Auslande wohnenden Patentinhaber s. Patentgesetz vom 7. April 1891 (RGBl. S. 79) § 12 Abs. 1; Gerichtsstand für die das Warenzeichen btr. Klagen gegen den Inhaber, der im Inlande keine Niederlassung besitzt, s. RG. v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 23 Abs. 2.

§ 14.

Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

Mot. S. 54. KPr. S. 8, 101, 131, 506, 643, 644.

1. Die §§ 14—17 bestimmen für gewisse Personen domicilia necessaria, aber nur in prozessualischer Beziehung (vgl. KPr. S. 8). Das prozessualische domicilium necessarium kann von dem civilrechtlichen Domizil der betreffenden Person verschieden sein.

2. Der Ausdruck „Militärperson" in den §§ 14, 15 findet seine Erläuterung in § 38 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874.

§ 38 des Reichs-Militärgesetzes lautet:

„Zum aktiven Heere gehören:

A. Die Militärpersonen des Friedensstandes, und zwar:
   1) die Offiziere, Ärzte und Militärbeamten des Friedensstandes vom Tage ihrer Abstellung bis zum Zeitpunkte ihrer Entlassung aus dem Dienste;
   2) die Kapitulanten vom Beginn bis zum Ablauf oder bis zur Aufhebung der abgeschlossenen Kapitulation;
   3) die Freiwilligen und die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt, Einjährig-Freiwillige von den Zeitpunkte ihrer definitiven Einstellung in einen Truppenteil an, sämtliche bis zum Ablauf des Tages ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienste."

Die unter litt. B und C desselben § 38 aufgeführten Personen gehören zwar zum aktiven Heere, sind aber nicht Militärpersonen. Offiziere à la suite gehören nicht zu dem Militärpersonen im Sinne des § 14 [RG. 16. März 1881 SA. XXXVI Nr. 233], wohl aber Offiziere, die auf bestimmte Zeit beurlaubt und à la suite gestellt sind [vgl. Daude die bürgerl. Rechtsverh. d. Mil.Personen, Berlin 1887, S. 91].

Digitized by Google

Vgl. auch § 4 des MStGB. vom 20. Juni 1872 Anlage.

§ 39 Abs. 2 des RMilGes. ist durch die §§ 14, 21 Abs. 2 ersetzt.

3. Durch Abs. 2 des § 14 ist das in Abs. 1 bestimmte domicilium necessarium auf Berufssoldaten beschränkt, so daß also die im RMilG. § 38 litt. A Nr. 3 aufgeführten Personen, obwohl sie „Militärpersonen" sind, nicht von § 14 Abs. 1 getroffen werden. Auch nicht alle Berufssoldaten sind von § 14 Abs. 1 berührt, nämlich diejenigen nicht, die nach den für sie geltenden civilrechtlichen Normen selbständig, d. i. ohne Zustimmung des Vaters oder Vormundes, einen Wohnsitz nicht begründen können. Vgl. preuß. Ges. vom 12. Juli 1875 (GS. S. 518), ALR. II 2 §§ 127, 212, 219, Anh. § 90, Dekl. vom 31. März 1839 (GS. S. 155 und GS. 1867 S. 519). Mit § 14 Abs. 2 hängt § 21 Abs. 2 zusammen.

§ 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppenteile gehören, der im Deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppenteils.

Mot. 54. KPr. S. 8, 101, 181, 506, 643, 644.

1. Der § 15 betrifft Fälle, wie sie bei Besetzung französischen Territoriums nach dem Kriege vorkamen. Er bezieht sich so wenig auf die in § 14 Abs. 2 genannten Personen als der § 14 Abs. 1. Das folgt daraus, daß § 15 inhaltlich nur eine Ergänzung des § 14 Abs. 1 ist. [So auch Gaupp I S. 40, Wilm. Levy (6) N. 1, Wach I § 34 Nr. 37 Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 403. AM. Struckm. Koch zu § 15]. Darüber ob § 15 zur Ergänzung des § 21 Abs. 2 heranzuziehen sei, s. Bem. Nr. 3 zu § 21.

2. § 39 Abs. 3 des RMilGes. ist durch § 15 nicht aufgehoben. Wenn beide nebeneinander gelten, so hat § 15 immer noch Bedeutung für die Fälle, in denen landesgesetzliche Vorschriften des in § 39 Abs. 3 bezeichneten Inhalts nicht bestehen. Daß § 39 Abs. 3 nicht beseitigt ist, ergiebt sich daraus, daß er in EG. § 13 nicht genannt ist. Zwar spricht dieser § nur von prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze. Darunter sind jedoch nicht nur die direkt in Reichsgesetzen enthaltenen Vorschriften, sondern auch die in Reichsgesetzen vorbehaltenen Vorschriften der Landesgesetze zu verstehen. Der Direktor des Reichskanzleramts hat (KPr. S. 643, 644) erklärt, daß § 39 Abs. 3 nach Ansicht der Regierungen nicht aufgehoben sei. Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 15. Der dem § 15 entsprechende § 16 des Entw. e. CPrO. für den norddd. Bund von 1871 enthielt als Abs. 2 die (sachlich auch in den früheren Entwürfen enthaltene) Bestimmung: „Hält sich ein Truppenteil dauernd im Auslande auf, so kann durch Kaiserliche Verordnung für die zum Truppenteile gehörigen Personen ein deutscher Ort als Garnisonort bestimmt werden." Dieser Absatz findet sich noch in dem Entw. II, wie er aus den Beschlüssen der vom Bundesrate bestellten Kommission hervorging, jedoch nicht mehr im Entwurfe des Bundesrats, wurde also im Bundesrate gestrichen. Das geschah nicht, um die Ausnahme von § 15 unmöglich zu machen, sondern um das Landesrecht statt der Kaiserlichen Verordnung beizubehalten. [Vgl. Wach I § 34 N. 38. AM. Laband D. StR. (2) II S. 715 N. 2.]

§ 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimatstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimatstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichts-

Digitized by Google

bezirke geteilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

Mot. S. 54. KPr. S. 8, 506.

1. Welche Deutsche im Reiche oder in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, ergiebt GVG. §§ 18—21.

2. Die Motive sagen: „Der § 16, welcher, insoweit es sich um Reichsbeamte handelt, mit dem Reichsbeamtengesetze vom 31. März 1872 § 21 im wesentlichen übereinstimmt, unterscheidet zwischen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, und zwischen im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates. Die exterritorialen Deutschen können ihren Wohnsitz außerhalb ihres Heimatstaates in und außer dem Deutschen Reiche haben. In ersterer Beziehung wird auf Art. 10 der Reichsverfassung und auf die von den deutschen Bundesstaaten bei einander beglaubigten Missionen verwiesen. Beispiele der im Auslande stationierten Beamten sind die Zollvereinsbevollmächtigten im Großherzogtum Luxemburg (Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 (Art. 20). Auf Wahlkonsuln — cf. §§ 9 und 6 des Reichs-Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867 — findet der § 16 keine Anwendung. In dem Reichsbeamtengesetze § 21 ist auch der Fall vorgesehen, daß für den Beamten im Deutschen Reiche kein Heimatstaat besteht; für diesen Fall ist der allgemeine Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet."

An Stelle des „Stadtgerichts Berlin" ist das nach § 2 des preuß. Ges. v. 4. März 1878 errichtete Landgericht I für den Stadtbezirk Berlin oder das nach Verordn. v. 26. Juni 1878 errichtete Amtsgericht I getreten. Vgl. preuß. AG. z. GVG. §§ 26 Abs. 1, 41.

Nach Reichsbeamtengesetz § 22 ist nicht ausgeschlossen, daß der Beamte, dessen dienstlicher Wohnsitz in einem Lande ist, wo Konsulargerichtsbarkeit besteht [zusammengestellt bei Laband D. StR. (2) II S. 376 f.], zugleich der Konsulargerichtsbarkeit des Reichs nach Maßgabe des RG. v. 8. November 1867 (BGBl. S. 137) und v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) untersteht.

3. Der Gerichtsstand des § 16 richtet sich nicht nach dem letzten Wohnsitz im Deutschen Reiche, sondern nach dem letzten Wohnsitz im Heimatstaate. Wenn z. B. ein Bayer, bevor er in Paris im diplomatischen Dienste verwendet ward, seinen Wohnsitz in Berlin hatte, so ist sein Gerichtsstand in München (KPr. S. 506).

4. Deutsche, die in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, sind den Gerichten des betreffenden Staates auch dann nicht unterworfen, wenn ein besonderer Gerichtsstand bei den Gerichten dieses Staates für sie begründet ist. Ausnahme: GVG. § 25 (forum rei sitae).

5. Ob im Auslande angestellte Beamte des Reichs oder eines Bundesstaates, die das Recht der Exterritorialität nicht genießen, neben dem allgemeinen Gerichtsstand des § 16 noch einen zweiten allgemeinen Gerichtsstand im Auslande haben, entscheidet sich nach dem ausländischen Recht.

6. Wegen des Gerichtsstandes von Ausländern, die im Reiche oder in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, s. Bem. Nr. 5 vor § 12.

§ 17.

Die Ehefrau teilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder teilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

Mot. S. 54, 55. KPr. S. 8, 506.

Digitized by Google

1. Der § 17 behandelt den abgeleiteten (accessorischen) Gerichtsstand abhängiger Personen. Durch die Stellung des § 18 hinter die Bestimmungen des § 17 wird zum Ausdruck gebracht, daß der abgeleitete Gerichtsstand nur durch den Wohnsitz des Ehemannes, des Vaters, der Mutter bestimmt wird und daß in Ermangelung eines Wohnsitzes dieser Personen kein Gerichtsstand abgeleitet werden kann. Die Vorschriften der §§ 14—16 gelten aber auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstande; denn die betreffenden Bestimmungen sind dem § 17 vorangestellt. (Vgl. Mot. S. 54.)

2. Hat die Person, nach deren Wohnsitz sich der abgeleitete Gerichtsstand anderer Personen richtet, ihren Wohnsitz im Auslande, so besteht für diese (die Ehefrau, die Kinder), selbst wenn sie im Inlande wohnen, im Inland kein allgemeiner Gerichtsstand. Weder der primäre allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes, noch der subsidiäre des Aufenthalts (§ 18) kann für sie im Inlande bestehen, weil gemäß § 17 die inländischen Gerichte annehmen müssen, daß sie im Auslande ihren Wohnsitz haben. Natürlich sind die ausländischen Gerichte durch das deutsche Gesetz nicht gebunden, einen abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand im Auslande anzunehmen.

3. Einen abgeleiteten Gerichtsstand hat nach Abs. 1 die Ehefrau. Sie teilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, auch wenn sie nach dem bürgerlichen Recht während der Dauer der Ehe einen selbständigen Wohnsitz begründen kann. Solange der Ehemann einen Wohnsitz hat, ist für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes der Frau nicht ihr Wohnsitz, sondern nur der des Mannes maßgebend. Vorausgesetzt wird eine formell gültige Eheschließung im In- oder Auslande. Ist die Ehe durch den Tod des Ehemannes gelöst, als ungültig oder nichtig erklärt oder durch Scheidung quoad vinculum getrennt, so fällt der abgeleitete Gerichtsstand fort. Der Scheidung quoad vinculum ist hier die immerwährende Trennung von Tisch und Bett gleichgestellt. Zwar kann nach RG. v. 6. Februar 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., § 77 nicht mehr auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt werden; aber es kann vor Geltung des cit. Gesetzes oder im Auslande auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt worden sein. [Vgl. RG. 22. April 1884 Entsch. XI Nr. 9 S. 30.] Die zeitweise Trennung von Tisch und Bett hat auf den abgeleiteten Gerichtsstand der Ehefrau keinen Einfluß.

Solange der Ehemann keinen Wohnsitz hat, wird die Ehefrau in Beziehung auf den Gerichtsstand als selbständige Person behandelt und ihr Gerichtsstand nach den Vorschriften der §§ 13, 18 beurteilt. Ob die Ehefrau in diesem Falle selbständig einen Wohnsitz begründen kann, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Kann sie dies nicht, so kommt § 18 zur Anwendung. Erlangt bei bestehender Ehe der Ehemann wieder einen Wohnsitz, so tritt für die Ehefrau wieder der abgeleitete Gerichtsstand des § 17 ein.

4. Den durch Wohnsitz begründeten allgemeinen Gerichtsstand des Vaters teilen die ehelichen und die diesen civilrechtlich gleichgestellten Kinder, also gemeinrechtlich die legitimierten und die in putativer Ehe erzeugten (c. 2, 8, 14, 15 X. 4, 17), die arrogierten und vollgültig (plene) adoptierten Kinder. Wegen des preuß. Rechts s. ALR. II 2 §§ 50 ff., 596 ff., 601—603, 681, 753—773 und A. Förster N. 1 litt. b. Wegen des franz. Rechts s. Petersen (3) I S. 39.

Die unehelichen Kinder, soweit sie nicht nach dem bürgerlichen Recht den ehelichen gleich gestellt sind, teilen den Wohnsitz der Mutter.

Nach § 17 Abs. 2 behalten die Kinder den abgeleiteten Wohnsitz, bis sie ihn in rechtsgültiger Weise aufgeben. Dies kann geschehen nach erlangter Handlungsfähigkeit oder schon früher unter Hinzutritt der vormundschaftlichen oder der väterlichen Genehmi-

Digitized by Google

gung. Das Aufhören des väterlichen oder mütterlichen Wohnsitzes hat nicht zur Folge, daß der abgeleitete Gerichtsstand der Kinder aufhört.

Auch nach dem Tode des Vaters oder der Mutter dauert der abgeleitete Gerichtsstand der Kinder fort, bis sie einen selbständigen Wohnsitz begründen (KPr. S. 506). An dem Gerichtsstande der ehelichen Kinder wird dadurch nichts verändert, daß die Witwe ihren Wohnsitz wechselt. Die Kinder behalten den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitze des verstorbenen Vaters, bis sie diesen Wohnsitz durch Begründung eines neuen Wohnsitzes in gültiger Weise aufgeben. Nach preuß. ALR. II 2 § 60 bedarf das unter väterlicher Gewalt stehende Kind zur Begründung eines Wohnsitzes der Zustimmung des Vaters [RG. 9. März 1893 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 337]. Auch minderjährige Kinder können nach dem Tode der Eltern einen selbständigen Wohnsitz begründen. Ob hierzu die Mitwirkung des Vormundes erforderlich ist, ist unter Berücksichtigung der Handlungen, aus denen sich die Begründung eines selbständigen Wohnsitzes ergiebt, nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

5. Auf die besonderen Gerichtsstände (§§ 17—34) hat der accessorische Gerichtsstand keinen Einfluß.

6. Wenn nach dem bürgerlichen Rechte für andere als die in § 17 genannten Personen ein accessorisches Domizil allgemein, nicht bloß in Ansehung des Gerichtsstandes, angeordnet ist, so bleibt eine solche Bestimmung auch für den allgemeinen Gerichtsstand maßgebend, weil die Vorschriften darüber, wo jemand seinen Wohnsitz hat, aus dem bürgerlichen Recht zu entnehmen sind. Daher sind die Bestimmungen des C. civ. art. 107, 108 (bezüglich des Bevormundeten) und 109 von fortdauernder Bedeutung auch in prozessualischer Beziehung, soweit sich nicht aus § 17 ein accessorischer allgemeiner Gerichtsstand ergiebt. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 5, Wilm. Levy N. 1 zu § 13, Petersen (3) I S. 37, RG. 28. Dez. 1888 Entsch. XXI Nr. 75 S. 385. AM. Gaupp I S. 43, Wach I § 34 N. 43.] Vorschriften, die nur in Ansehung des Gerichtsstandes einen accessorischen Wohnsitz anordnen, sind aufgehoben.

§ 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reiche und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

Mot. S. 53, 55, 56. KPr. S. 8, 506.

1. In Ermangelung eines in- oder ausländischen Wohnsitzes wird der allgemeine Gerichtsstand durch den Aufenthalt im Deutschen Reiche begründet. Dauernder Aufenthalt (résidence) ist nicht erforderlich; es genügt, wenn der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts, bei dem die Klage erhoben wird, so lange aufhält, daß ihm die Klage zugestellt werden kann.

2. Ist nicht bekannt, daß die jetzt wohnsitzlose Person im Deutschen Reiche sich aufhält, so wird der allgemeine Gerichtsstand durch den letzten Wohnsitz bestimmt. Hierbei ist zwischen In- und Ausland nicht unterschieden. Hatte also die Person, den letzten Wohnsitz außerhalb Deutschlands, so ist der allgemeine Gerichtsstand des § 18 in Deutschland nicht begründet.

3. Die Voraussetzungen des allgemeinen Gerichtsstandes des § 18 darzuthun, ist Sache des Klägers; aber einen förmlichen Beweis dafür, daß der Beklagte zur Zeit keinen Wohnsitz hat, und im Falle der Bem. Nr. 2 dafür, daß der Bekl. sich nicht im Deutschen Reiche aufhält und daß er seinen letzten Wohnsitz an dem angegebenen Orte hatte, kann man vom Kläger nicht verlangen; es genügt, wenn ein Wohnsitz und außerdem im Falle der

Digitized by Google

Bem. Nr. 2 ein Aufenthalt des Beklagten im Reiche und ein späterer Wohnsitz nicht zu ermitteln ist [RG. 15. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 104 S. 400].

4. Aus dem (subsidiären) allgemeinen Gerichtsstande des § 18 kann kein accessorischer Gerichtsstand abgeleitet werden. S. Bem. Nr. 1 zu § 17.

§ 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

Mot. S. 56. KPr. S. 8, 9, 506.

1. § 19 bestimmt den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen (Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen), und der Personen- oder Vermögensverbände, die ohne juristische Person zu sein, unter einer Kollektivbezeichnung verklagt werden können. Über das Verhältnis der Fähigkeit, Rechtssubjekt und Partei zu sein, zu der Fähigkeit, unter einer Kollektivbezeichnung verklagt zu werden, vgl. Bem. Nr. 1 zum Titel „Prozeßfähigkeit" (1. Buch, 2. Abschn. 1. Titel) vor § 50.

2. Wie bei den physischen Personen der Wohnsitz, so ist bei den juristischen Personen ꝛc. der Sitz für den allgemeinen Gerichtsstand maßgebend. Der Sitz wird zunächst durch Statut, Gesetz oder Verordnung, eventuell durch den Ort bestimmt, wo die Verwaltung geführt wird.

Reichsgesetzliche Bestimmungen über den Sitz der Handelsgesellschaften s. HGB. Art. 86 Nr. 2, 151 Nr. 3, 175 Nr. 2, 209 Nr. 1 (in der Fassung des RG. v. 18. Juni 1884); über den Sitz der Reichsbank s. Reichsbankgesetz v. 14. März 1885 (RGBl. S. 180) §§ 12, 38; über den Sitz der eingeschriebenen Hülfskassen s. RG. v. 7. April 1876 (RGBl. S. 125) § 3 Nr. 1; über den Sitz der Innungen und Innungsverbände s. RGew.Ordn. in neuer Fassung (RGBl. 1883 S. 177) §§ 98a Nr. 1, 104b litt. c.; über den Sitz der zu Versicherungszwecken gebildeten Berufsgenossenschaften s. RG. v. 6. Juli (RGBl. S. 69) § 17 Nr. 1, § 21, Nr. 1; RG. v. 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) § 22 Nr. 1; RG. v. 11. Juli 1887 (RGBl. S. 287) § 12; RG. v. 13. Juli 1887 (RGBl. S. 329) § 24 Nr. 1; über den Sitz der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften s. RG. v. 1. Mai 1889 betr. die Erw.- u. Wirtschaftsgenoss. (RGBl. S. 55) §§ 12 Nr. 2, 85 Abs. 2; über den Sitz der Gesellschaften mit beschränkter Haftung s. RG. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBl. S. 477) §§ 3 Nr. 1 und 70 Abs. 2. Vgl. a. RG. v. 22. Mai 1889 betr. die Invaliditäts- u. Altersversicherung (RGBl. S. 97) § 43.

3. Zu Abs. 2: Soweit dieser Absatz die Gewerkschaften betrifft, ist er dem preuß. Berggef. v. 24. Juni 1863 § 96 nachgebildet. Erstreckt sich das Grubenfeld durch mehrere Gerichtsbezirke, so ist der Gerichtsstand bei jedem dieser Gerichte begründet; § 36 Nr. 2 ist nicht anwendbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 4, Klostermann

Digitized by Google

Lehrb. d. Preuß. Bergrechts S. 233 und Komm. z. preuß. Berggesetz 396, N. 214, RG. 16. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 101 S. 386. AM. v. Bülow N. 3, Rintelen S. 114.] — Ob Behörden als solche verklagt werden können, bestimmt das Landesrecht.

4. Zu Abs. 3: Durch Statut oder in anderer Weise (z. B. durch die einer auswärtigen Versicherungsgesellschaft erteilte Konzessionsurkunde) kann ein zweiter Gerichtsstand neben den des Abs. 1, 2 gesetzt werden. Der allgemeine Gerichtsstand, der sich aus Abs. 1, 2 ergiebt, kann nicht beseitigt werden. [So auch Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 57, Petersen (3) I S. 42, Wach I § 34 N. 23, RG. 16. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 101 S. 385.] Die Ansicht, daß mit Ausschluß des sich aus § 19 Abs. 1 oder 2 ergebenden Gerichtsstandes ein allgemeiner Gerichtsstand an einem anderen Ort geschaffen werden könne [Struckm. Koch § 19 Nr. 5, Endemann I S. 258 f.], ist mit dem Wortlaute nicht absolut unvereinbar, wird aber durch die Thatsache widerlegt, daß der dieser Ansicht entsprechende Abs. 3 des § 19 des Entw. III in der JK. d. RT. geändert worden ist.

§ 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

Mot S. 56. KPr. S. 9, 506, 507.

Litteratur: Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 854 ff., U. Fritze Zusammenstellung der Behörden, welche den preuß. Landes- u. den deutschen Reichsfiskus im Prozesse zu vertreten befugt sind (Berlin 1891), Rintelen S. 93 ff.

1. Unter Fiskus im Sinne des § 20 ist auch der Reichsfiskus zu verstehen (KPr. S. 9).

2. Soweit nicht in einzelnen Gesetzen oder Staatsverträgen besondere Bestimmungen enthalten sind, ist der Reichskanzler oder sein Vertreter (RG. v. 17. März 1878, RGBl. S. 7) zur Vertretung des Reichsfiskus berufen, hat also der Reichsfiskus in Berlin als dem Sitze der obersten Reichsbehörden seinen allgemeinen Gerichtsstand. [Vgl. KPr. S. 509, wo aber auch eine abweichende Ansicht vorkommt, ferner Entsch. d. RG. VIII S. 1, XI S. 93, XV S. 37.] Besondere Bestimmungen sind enthalten in § 2 des RG. v. 1. Juni 1870 für die Klagen auf Entschädigung wegen Aufhebung und Flößereiabgaben; in § 116 des Militärpensionsgesetzes v. 27. Juni 1871 für Klagen auf Pension ꝛc.; in § 13 des Postgesetzes v. 28. Okt. 1871 für Ansprüche auf Schadloshaltung gegen die Postverwaltung; in §§ 144, 151, 153 des Reichsbeamtengesetzes v. 31. März 1873 für die daselbst bezeichneten Klagen und in § 42 des RG. v. 31. Dez. 1871, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen. Daß diese besonderen, teilweise von § 20 abweichenden Bestimmungen nicht durch die CPrO. aufgehoben sind, folgt aus EG. § 12. Besonderes gilt auch für den Reichsmilitärfiskus. Das Reich und nicht die Einzelstaaten, mit Ausnahme Bayerns, sind die Subjekte der zum Militärgut gehörigen Rechte und der aus der Militärverwaltung entspringenden Verpflichtungen; vgl. RG. vom 25. Mai 1873 betr. die Rechtsverhältnisse der zum Gebrauche e. Reichsverw. bestimmten Gegenstände (RGBl. S. 113 § 1). Zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus sind die Kontingentsverwaltungen der einzelnen Bundesstaaten (in Preußen und Württemberg die Korpsintendanturen, in Sachsen das Kriegsministerium) innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises berechtigt, ohne dazu der Ermächtigung des Reichskanzlers zu bedürfen. [Vgl. v. Weinrich Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 161 ff., RG. 9. März 1888 Entsch. XX Nr. 34 S. 148 (dazu Arch. f. d. R. IV S. 147 ff.), Gaupp I S. 48 N. 5.] Zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus insoweit, als eine der Zuständigkeit der Kontingentsverwaltung entzogene gemeinsame Angelegenheit in Frage steht, ist der Kgl. Preuß. Kriegsminister und in Festungsangelegenheiten die Festungskommandantur berufen. Daß nicht der Reichskanzler, sondern der Kgl. Preuß.

Digitized by Google

Kriegsminister berufen ist, folgt daraus, daß der Kaiser gemäß Art. 63 der Reichsverf. das Preuß. Kriegsministerium als oberste Verwaltungsbehörde für die gemeinsamen Heeresangelegenheiten und die Festungen aufgestellt hat. Die Vertretungsbefugnis der Kommandanturen aber ist nach Analogie des § 42 des RG. v. 21. Dez. 1871 über die Beschränkung des Grundeigentums ꝛc. anzunehmen. [Vgl. Weinrich a. a. O. S. 181 ff., Fritze a. a. S. 171 f. AM. RG. 13. Juni 1882 Entsch. VIII Nr. 1 S. 1.]

Bayern hat seinen eigenen Militärfiskus. Dieser ist auch Eigentümer der Festungen auf bayerischem Gebiete.

3. Welche Behörde den Fiskus der Einzelstaaten zu vertreten habe, bemißt sich nach dem Staats- und Verwaltungsrecht der Einzelstaaten (KPr. S. 507).

In Preußen wird der Fiskus in der Regel durch die Bezirksregierung (Instr. v. 20. Okt. 1817 § 14 GS. S. 248) oder durch die Provinzialbehörde des betr. Verwaltungsressorts (G. v. 24. Mai 1861 GS. S. 241) vertreten; ebenso jetzt in der Provinz Hannover (s. Ges. über die allgem. Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 §§ 25, 155 GS. S. 195, Kreisordnung v. 6. Mai 1884 GS. S. 181, Verordn. v. 3. Nov. 1884 GS. S. 349). Die Kgl. Eisenbahnverwaltung wird (auch in Bezug auf die verstaatlichten Eisenbahnen) durch die Eisenbahndirektionen bzw. die Betriebsämter innerhalb des Geschäftsbetriebs vertreten (Org. Best. v. 24. Nov. 1879 § 16, JMBl. f. d. i. V. 1880 S. 84). [Vgl. RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 427, 17. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 120 S. 405.] Wegen der Privatbahnen im Staatsbetrieb s. Bem. Nr. 2 zu § 22. Nach Ges. v. 14. März 1885 (GS. S. 65), betr. die Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Justizverwaltung, und Just.Min.Verf. v. 23. März 1885 (JMBl. S. 119) wird der Fiskus a) in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf die Geltendmachung solcher Forderungen beziehen, die durch die Gerichtskassen einzuziehen sind, durch den Rendanten der einziehenden Kasse; b) in allen übrigen bürgerl. Rechtsstreitigkeiten — und auch dann, wenn gegenüber einer zur Gerichtskasse einzuziehende Stempelforderung von dem, der dazu ganz oder teilweise nicht verpflichtet sein will, Klage erhoben wird — durch die Staatsanwaltschaft bei demjenigen Oberlandesgericht vertreten, in dessen Bezirk die Justizbehörde ihren Sitz hat, zu deren Geschäften die der Beteiligung des Fiskus zu Grunde liegende Angelegenheit gehört. — Die einzelnen Stationen des Kgl. Preuß. Fiskus sind nicht als besondere Rechtssubjekte anzusehen [RG. 4. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 108 S. 592].

In Bayern wird der Fiskus durch die Kreisregierungen vertreten (Verordn. vom 17. Dez. 1852 §§ 87—121). Außerdem sind zur Vertretung des Fiskus bestimmt die Generalbergwerks- und Salinenadministration, das Hauptmünzamt, die Staatsschuldentilgungsanstalt, die Generaldirektion der Verkehrsanstalten, die Generalzolladministration, das Kriegsministerium und die Ressortministerien, wenn ihnen die erstinstanzielle Verbescheidung über die betreffenden Ansprüche im Verwaltungswege zusteht. (Verordn. v. 30. Sept. 1822, Form-Verordn. v. 9. Dez. 1825 § 149, Verordn. v. 11. Febr. 1826, Verordn. v. 31. Jan. 1829.) Vgl. J. A. Seuffert Komm. z. bayer. GO. I S. 123—128, II 121—124, Edel Komm. z. b. GVG. v. 1861 S. 231—236. In Bayern muß vor der Klagestellung gegen den Fiskus der Administrativweg betreten werden, bayer. AG. v. 23. Jan. 1876 Art. 2. Wegen des Gerichtsstandes der Kgl. Bayer. Civilliste s. bayer. AG. Art. 1.

Der Kgl. Sächsische Fiskus wird durch das Finanzministerium in Dresden vertreten; in Eisenbahnangelegenheiten durch die Generaldirektion der Eisenbahnen (G. u. VBl. 1879 S. 159).

Wegen Vertretung des Kgl. Württembergischen Fiskus s. Gaupp I S. 49 f., Pfizer a. a. O. S. 857 ff.

Digitized by Google

Wegen Vertretung des Fiskus in Baden und Hessen s. Hellmann Komm. I S. 104 f.

Vgl. a. für Weimar AG. v. 10. Mai 1879 § 5 (Wilm. Levy Ausf.Ges. S. 169); für Koburg-Gotha AG. v. 7. April 1879 § 2 (Wilm. Levy S. 207); für Meiningen AG. v. 7. April 1879 § 5 Abs. 2 (Wilm. Levy S. 215); für Reuß ält. Linie AG. v. 3. Mai 1879 § 3 (Wilm. Levy S. 226); für Reuß jüng. Linie AG. v. 22. Febr. 1879 § 6 (Wilm. Levy S. 241); für Schwarzburg-Rudolstadt AG. v. 1. Mai 1879 § 4 (Wilm. Levy S. 251); für Schwarzburg-Sondershausen AG. v. 17. Mai 1879 § 2 (Wilm. Levy S. 254).

4. Auch für den Fiskus gelten die besonderen Gerichtsstände (KPr. S. 10).

§ 21.

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studierende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

Mot. S. 56, 57. KPr. S. 9, 507, 508.

1. Der Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts stammt aus dem preuß. Recht (Kab.O. v. 4. Juli 1832). Er ist nicht ausschließlich. Er dauert so lange, als der Aufenthalt dauert. Eine thatsächlich längere Dauer des Aufenthalts ist nicht erforderlich; es genügt, wenn die Verhältnisse auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen. [Vgl. RG. 8. Juli 1892 Entsch. XXX Nr. 96 S. 326.] Der Umstand, daß der dauernde Aufenthalt eine vorübergehende Unterbrechung erleidet (z. B. ein Student reist auf Weihnachten nach Hause mit der Absicht, wieder in die Universitätsstadt zurückzukehren), zerstört den Gerichtsstand des § 21 nicht. Zwischen In- und Ausländern besteht kein Unterschied.

2. Der Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche", der in den §§ 24, 40, 508, 649 Nr. 4 der CPrO., § 5 des EG., dann in § 23 Nr. 1 des GVG. wiederkehrt, umfaßt alle Ansprüche aus dem Gebiete des Sachenrechts einschließlich der Besitzklagen, alle Ansprüche aus dem Gebiete des Obligationenrechts ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Entstehungsgründen der Obligationen, alle Ansprüche aus dem Gebiete des Erbrechts, ferner die Ansprüche aus dem Gebiete des Familienrechts, die (wie z. B. der Anspruch auf Lebensunterhalt, auf Dotation) auf eine Leistung in Geld oder Geldeswert hinauslaufen. Auch Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse aus dem Gebiete des Vermögensrechts, desgleichen Feststellungsklagen in Bezug auf Urkunden, die für derartige Rechtsverhältnisse bedeutsam sind, gehören hierher. Nicht unter den Begriff fallen Klagen der Ehesachen (§§ 558, 592) und in Entmündigungssachen, Klagen auf Feststellung des Personen- oder Familienstandes, auf Erteilung der Genehmigung zur Eheschließung, auf Übernahme einer Vormundschaft, auf Herausgabe der Kinder ꝛc. Die in § 25 bezeichneten Klagen fallen zwar unter den Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche", können jedoch wegen Ausschließlichkeit des in § 25 bestimmten Gerichtsstandes nicht im Gerichtsstande des § 21 angebracht werden. — Darüber, ob eine Klage, worin die Feststellung der außerehelichen Vaterschaft und zugleich Alimente verlangt werden, im Gerichtsstande des § 21 angebracht

Digitized by Google

werden könne, wurden bei der 2. Lesung des Entw. in der JK. d. RT. verschiedene Ansichten geäußert (KPr. S. 507, 508). Was das preuß. ALR. betrifft, so ist der Aufstellung des Kgl. Preuß. Regierungskommissars, daß der Antrag auf Feststellung der außerehelichen Vaterschaft nur als Basis für vermögensrechtliche Ansprüche gestellt werden könne, daß daher jene Klage selbst als vermögensrechtlicher Anspruch zu betrachten, sonach im Gerichtsstande des § 21 anzubringen sei, beizustimmen. Wenn dagegen jene Klage nach dem Standpunkte eines anderen Rechts als Statusklage aufzufassen ist, so ist der Gerichtsstand des § 21, soweit die Feststellung der außerehelichen Vaterschaft beantragt wird, nicht gegeben. Daß die Klage auf Feststellung der außerehelichen Vaterschaft als Statusklage vorkommen kann, wird durch § 25 des Reichsgesetzes vom 6. Febr. 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., bestätigt.

Der Gerichtsstand des § 21 ist nicht auf vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt, die während des Aufenthalts oder am Aufenthaltsorte entstanden sind.

3. Für die in Abs. 2 bezeichneten Militärpersonen (vgl. Bem. 2 und 3 zu § 14) tritt an die Stelle des Aufenthaltsorts der Garnisonort. Ob im Falle des § 15 der letzte Garnisonort in Deutschland, ist zweifelhaft, dürfte aber zu bejahen sein; nicht deswegen, weil sich sonst für die in § 21 Abs. 2 bezeichneten im Falle des auswärtigen Garnisonorts kein Gerichtsstand des Aufenthalts ergäbe, denn diese Lücke wäre hinzunehmen; sondern weil § 15 nur Ergänzung zu § 14 Abs. 1 ist. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 405, A. Förster N. 1 u. a. AM. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 40, Petersen (3) I S. 47, Wach I § 34 N. 37.]

§ 22.

Hat jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirtschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

Mot. S. 57. KPr. S. 9, 508.

1. Gerichtsstand der Niederlassung, nicht ausschließlich. Die Niederlassung kann eine gewerbliche (Abs. 1) oder eine landwirtschaftliche (Abs. 2) sein. Parteifähigkeit der Niederlassung wird durch § 22 nicht geschaffen. Von einem Teilwohnsitze der Partei am Orte der Niederlassung zu reden [so Planck I S. 58], leitet irre; mit der Niederlassung braucht kein Wohnsitz verbunden zu sein. Niederlassungen können physische und juristische Personen, auch offene Handelsgesellschaften haben. Daß sich der Beklagte am Orte der Niederlassung aufhalte, ist nicht erforderlich. Aber die Niederlassung muß zur Zeit der Klagerhebung bestehen [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 94].

2. Eine Niederlassung zum Betrieb einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes (gewerbliche Niederlassung) ist, wo Einrichtungen zum Betriebe des Gewerbes bestehen. Nicht jede Niederlassung genügt zur Begründung des Gerichtsstandes, sondern nur diejenige, von welcher aus unmittelbar Geschäfte abgeschlossen werden. Den Gegensatz bilden Niederlassungen, von denen aus überhaupt keine Geschäfte abgeschlossen werden, z. B.

Digitized by Google

Fabrikanlagen ohne Handelsbetrieb, und Niederlassungen, von denen aus nicht selbständig, d. i. nicht ohne Mitwirkung der anderswo befindlichen Geschäftsleitung, Geschäfte abgeschlossen werden. Daher begründet eine Agentur, von der Offerten angenommen und an die auswärtige Geschäftsleitung übermittelt werden [vgl. Ludwig Arch. f. H. u. WR. XLVI S. 25 ff.], den Gerichtsstand nicht. Die Eisenbahnbetriebsämter sind Niederlassungen im Sinne des § 22 [RG. 23. Apr. 1881 SA. XXXVII Nr. 66], nicht aber Eisenbahnstationen [RG. 24. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 107 S. 387, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 477]; ebensowenig ein Geschäft, das durch einen Kommissionär betrieben wird. — Gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen können Klagen, die auf deren Geschäftsbetrieb Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Zweiganstalt errichtet ist; nicht aber gegen die Nebenstellen und Agenturen (RBankgesetz v. 14. März 1875 § 38).

3. Eine landwirtschaftliche Niederlassung ist da, wo jemand ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut (kein bloßes Landhaus mit einigen Feldern!) als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaftet. Es ist gleich, ob er die Wirtschaft selbst leitet oder durch einen Andern (Inspektor, Verwalter ꝛc.) leiten läßt; dagegen ist der Gerichtsstand nicht für Klagen gegen den Verpächter oder den Verwalter begründet.

4. Dieser Gerichtsstand ist nur für vermögensrechtliche Klagen und zwar für solche begründet, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben oder die auf die Bewirtschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen. Das sind vor allem Klagen aus Rechtsgeschäften, die von der Niederlassung aus oder zum Zwecke der Gutswirtschaft geschlossen sind; aber nicht bloß Klagen aus Rechtsgeschäften, sondern auch andere Klagen, bei denen die angegebene Beziehung vorhanden ist [vgl. RG. 4. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 100 S. 428 f.], insbesondere auch Klagen aus dem Haftpflichtgesetz [bay. ob. LG. SA. XL Nr. 238] und aus unerlaubten Handlungen. Auch Klagen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prinzipal und dem in der Niederlassung angestellten Gehülfen gehören dazu [hann. Prot. XIII S. 4806]; nicht aber Klagen, die auf die Begründung oder Aufhebung der Niederlassung oder der Gutswirtschaft Bezug haben (daher auch nicht die Klage des Verpächters auf Zahlung des Pachtgeldes), weil sie nicht den Geschäftsbetrieb oder die Bewirtschaftung betreffen; nicht Eigentumsklagen in Bezug auf die in der Niederlassung benutzten Sachen [RG. 8. Juli 1892 Entsch. XXX Nr. 96]. Ist der Gerichtsstand des § 22 für die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft begründet, so gilt er auch für die Klage aus den Geschäften der Gesellschaft gegen die Gesellschafter [RG. 21. März 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1194].

6. Der Gerichtsstand des Heimatshafens (HGB. Art. 455, 475) für Klagen gegen den Rheder oder Mitrheder als solchen bleibt bestehen (KPr. S. 11, 20).

§ 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

Mot. S. 57, 58. KPr. S. 9, 508.

1. Bei welchem Gerichte Gemeinden, Korporationen ꝛc. ꝛc. ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, bemißt sich nach § 19. Der Gerichtsstand des § 23 kann auch aus einem nach § 19 Abs. 3 bestimmten allgemeinen Gerichtsstande abgeleitet werden. Zwar war in dem Entwurfe ein statutarischer Gerichtsstand neben dem allgemeinen des § 19 nicht vorgesehen

Digitized by Google

(s. Bem. Nr. 4 zu § 19), daher auch in § 23 nicht vorausgesetzt. Aber im Gesetze ist kein Unterschied zwischen den verschiedenen Gerichtsständen des § 19 gemacht.

2. Der Gerichtsstand des § 23 dauert nur so lange, als ein allgemeiner Gerichtsstand der Gemeinde, Korporation, Gesellschaft ꝛc. besteht.

3. Eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit kann im Gerichtsstande des § 23 gegen einen bei ihr Versicherten auf Zahlung der Prämie klagen. [RG. 29. Januar 1881 Entsch. III Nr. 108 S. 385; 5. April 1881 Entsch. IV Nr. 111 S. 394. In dem zweiten Urteil ist ausgesprochen, der Umstand, daß die Statuten die Mitgliedsrechte an die Prämienzahlung knüpfen, stehe dem Gerichtsstande des § 23 nicht im Wege. Vgl. a. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 63.]

4. Der Gerichtsstand des § 23 findet weder Anwendung auf die Klagen gegen die Gemeinde-, Körperschafts-, Gesellschafts-, Genossenschafts- und Vereinsbeamten als solche noch auf die Klagen dieser Beamten gegeneinander. Sind die Beamten selbst Gesellschaftsmitglieder, so ist daher zu unterscheiden, ob eine Klage gegen sie als Mitglieder oder als Beamte der Gesellschaft erhoben wird. Nur in jenem Falle ist der Gerichtsstand des § 23 begründet. Hiernach gehört z. B. die Klage gegen die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft wegen Verletzung ihrer Vorstandspflichten nicht vor das Gericht des § 23, auch wenn die Mitglieder des Vorstandes Aktionäre sind. Spezialbestimmungen s. HGB. 190a, 222, Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 §§ 49, 105. — Der Unterschied zwischen Mitgliedern und Beamten der Gesellschaft tritt nicht bei allen Korporations- und Gesellschaftsformen hervor. Der geschäftsführende Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft ist nicht Beamter der Gesellschaft, wie das Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Jener kann daher von einem anderen Gesellschafter wegen seiner Geschäftsführung in dem Gerichtsstande des § 23 belangt werden.

5. Der Gerichtsstand des § 23 ist auch für und gegen ausgeschiedene Mitglieder begründet, wenn der Anspruch auf die frühere Mitgliedschaft gestützt wird. [Vgl. Wach I § 38 N. 61, RG. 29. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 108 S. 388, Vierhaus Ztschr. f. d. CP. V S. 63. AM. Planck I § 14 N. 14.]

§ 24.

Für Klagen, wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

Mot. S. 58. KPr. S. 9, 10, 508.

1. Litteratur: Wach I § 35 Z. III S. 418 ff., Planck I § 15 (hier auch Angaben über die Entstehung dieses Gerichtsstandes).

A. Gerichtsstand des Vermögens.

2. Der Gerichtsstand des Vermögens hat sich aus dem gemeinrechtlichen forum arresti entwickelt. Über das forum arresti s. Wetzell Syst. S. 503 ff. Nach dem jetzigen Recht bedarf es nicht mehr des Arrestes zur Begründung des Gerichtsstandes; vielmehr ist der Gerichtsstand des § 24 bei jedem Gerichte (also möglicherweise zugleich bei mehreren Gerichten) begründet, in dessen Bezirk sich Vermögen des Beklagten befindet. Der Gerichtsstand ist bedingt durch das Nichtvorhandensein eines Wohnsitzes des Beklagten im Inlande

Digitized by Google

(die Schutzgebiete kommen hier nicht als Inland in Betracht); eine Niederlassung ohne Wohnsitz im Inlande schließt den Gerichtsstand des § 24 nicht aus [RG. 21. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 114 S. 421]. Ob der Beklagte In- oder Ausländer ist, macht keinen Unterschied. Ebensowenig giebt die Staatsangehörigkeit des Klägers Ausschlag. Es kann also auch Ausländer gegen Ausländer in diesem Gerichtsstand klagen [RG. 11. Dezember 1884 Entsch. XIV Nr. 115 S. 408, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 219]. Auch für Klagen gegen juristische Personen, Verbände und Vermögensmassen (§ 19) kann der Gerichtsstand des § 24 angerufen werden, wenn sie weder ihren Sitz noch einen nach Abs. 3 des § 19 bestimmten allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland haben.

3. Was zum Vermögen gehört, ist aus dem materiellen Recht zu entnehmen; vgl. insbes. Bekker Pand. I § 41. Natürlich gehören Sachen, dingliche und Forderungsrechte dazu. Erbrecht ist Erwerbsgrund von Vermögensrechten, nicht selbst Vermögensbestandteil.

Aus dem materiellen Recht ist auch zu entnehmen, was zum Vermögen einer bestimmten Person, hier des Beklagten, gehört. Maßgebend ist das materielle Recht des Orts, wo sich das Vermögen befindet [RG. Entsch. I S. 437, VI S. 403 ff.]. — Da die Konkurseröffnung nach Reichsrecht nicht bewirkt, daß das zur Zeit der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner gehörige Vermögen aufhört, Vermögen des Gemeinschuldners zu sein, so gehört das im Inlande befindliche Vermögen einer Person, gegen die im Auslande Konkurs eröffnet ist, noch immer zu deren Vermögen und ist daher geeignet, den Gerichtsstand des § 24 zu begründen [RG. 1. Juni 1880 Entsch. I Nr. 157 S. 435, 28. März 1882 VI Nr. 125 S. 402 f., 11. Dez. 1884 XIV Nr. 115 S. 405 ff., 21. Jan. 1885 XIV Nr. 116 S. 412 f.; in den letzten Urteilen ist auch erörtert, ob der Konkursverwalter oder der Kridar zu verklagen ist]. Die im Inlande zur Abwendung eines Arrests, wenn auch von einem Dritten, bestellte Sicherheit ist Vermögen des Arrestschuldners [RG. 29. Sept. 1894 Sächs. Arch. IV S. 716.]

Da der Gerichtsstand des § 24 durch den Ort bestimmt wird, wo sich Vermögen des Beklagten befindet, so entsteht die Frage, wo befindet sich das Vermögen? Alle Rechte an körperlichen Sachen (auch Pfandrechte) befinden sich an dem Orte, wo sich die Sache befindet. Forderungsrechte befinden sich nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, soweit es sich um den Gerichtsstand des § 24 handelt, am Wohnsitze des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet (kraft Pfandrechts irgend welcher Art oder kraft Rententionsrechts), sowohl am Wohnsitze des Schuldners als auch an dem Orte, wo die Sache sich befindet. Für den Fall, daß der Schuldner keinen Wohnsitz hat, ist nichts bestimmt. Für diesen Fall die Lokalisierung der Forderung durch den Erfüllungsort anzunehmen, widerstreitet dem vom Gesetze eingenommenen Standpunkte. Die Forderung gegen einen Schuldner ohne Wohnsitz kann daher, wenn nicht eine Sache zur Sicherheit haftet, nicht zur Begründung des Gerichtsstand des § 24 dienen.

Der Gerichtsstand des § 24 kann auch durch eine Forderung, die dem Beklagten gegen den Kläger zusteht, begründet werden, und zwar unter der Herrschaft des gemeinen Rechts selbst dann, wenn die Aufrechnung der Schuld des Klägers mit der Forderung des Klägers in der Klage in Aussicht genommen ist, denn nach gemeinem Recht heben sich die gegenüberstehenden Forderungen nicht auf [RG. 20. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 97 S. 325]; anders nach franz. Recht wegen C. c. art. 1290 [RG. 28. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 89 S. 309]. Durch eine Forderung des Beklagten gegen den Kläger, die nicht vorhanden ist, wenn der Klageanspruch zu Recht besteht, wird der Gerichtsstand des § 23 ebensowenig begründet, wie durch eine Forderung, die dem Beklagten gegen den Kläger nur unter der Voraussetzung zusteht, daß der Anspruch des Klägers begründet ist; daher kann der Kläger

Digitized by Google

den Gerichtsstand für die actio redhibitoria nicht mit der Kaufgeldforderung des Beklagten, aber auch nicht mit dessen eventuellem Anspruche auf Zurückgabe der Ware begründen [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381 u. 16. Dez. 1890 XXVII Nr. 103 S. 393, LG. Hamburg SA. XLIX Nr. 118]. — Forderungsrechte aus Inhaberpapieren, aus Wechseln und anderen indossablen Papieren unterliegen übrigens der Lokalisierungsbestimmung des § 24 nicht. Sie sind als Exekutionsobjekte den Vorschriften über körperliche Sachen unterstellt (vgl. §§ 722, 732); daher ist der Ort, wo sich das betreffende Papier befindet, auch für die Bestimmung des Gerichtsstandes (§ 24) entscheidend. [Vgl. Wach I S. 422, RG. 25. Dez. 1893 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 125.] — Über die Ortsangehörigkeit von sog. Immaterialrechten (Autor-, Patentrechten ꝛc.) s. Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) § 12 Abs. 2, RG. btr. den Schutz der Gebrauchsmuster v. 1. Juni 1891 (RGBl. S. 290) § 13 Abs. 2, RG. z. Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 23 Abs. 2 und Kohler Ztschr. f. H. u. WR. XLVII S. 339.

Die Frage der Ortsangehörigkeit eines Vermögensstücks kehrt wieder bei § 799 (Zuständigkeit zum Arrest). Die Vorschrift des § 24 über die Forderungen findet auf § 799 entsprechende Anwendung.

4. Zweifelhaft ist, ob zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24 auch Vermögen genügt, das der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist. Scheint die vorbehaltslose Ausdrucksweise des § 24 dafür zu sprechen, daß jedes, auch das der Vollstreckung durch gesetzliche Vorschrift (§§ 715, 749) oder durch seine Geringwertigkeit (vgl. § 708 Abs. 2) entzogene Vermögensstück genügt [so die herrschende Ansicht, vgl. Wach I S. 420, RG. 29. April 1881 Entsch. IV Nr. 115 S. 408, 26. Mai 1886 XVI Nr. 96 S. 292], so dürfte man sich doch im Hinblick auf die Beschränkung auf vermögensrechtliche Klagen, hauptsächlich aber wegen des geschichtlichen Zusammenhangs dieses Gerichtsstandes mit dem forum arresti dafür entscheiden, daß zur Begründung des Gerichtsstandes des § 24 Vermögen erfordert wird, das für die Zwangsvollstreckung als Vermögensobjekt überhaupt in Betracht kommt. [So Planck I § 15 bei N. 10, Petersen (3) I S. 53.] Nach dieser Ansicht kann der Gerichtsstand des § 24 nicht durch die notwendigen Kleidungsstücke, die der Schuldner am Leibe trägt, begründet werden [LG. Bremen Ztschr. f. d. CPr. X S. 394], weil diese nicht Exekutionsobjekt sind; ebensowenig durch den Anspruch des Beklagten gegen seinen Anwalt auf Herausgabe der Handakten [RG. 19. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 91 S. 414].

5. Der Kläger muß die Voraussetzungen des Gerichtsstandes des § 24, also das Nichtvorhandensein eines inländischen Wohnsitzes (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 18) und das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Bezirke des Gerichts darthun. Beide Voraussetzungen müssen zur Zeit der Klagerhebung (§ 230) gegeben sein [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 107 S. 381].

6. Der Gerichtsstand des Vermögens ist nur für vermögensrechtliche Klagen begründet. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21.

B. Gerichtsstand des Klagegegenstandes.

7. Für vermögensrechtliche Klagen (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21), in denen ein spezieller Gegenstand in Anspruch genommen wird, ist in Ermanglung eines inländischen Wohnsitzes des Beklagten (vgl. Bem. Nr. 2) der Gerichtsstand bei dem Gerichte begründet, in dessen Bezirk sich der Gegenstand befindet. Der Ausdruck „Gegenstand" ist nicht auf körperliche Sache zu beschränken; auch dingliche Rechte an fremden Sachen, Forderungen, sog. Immaterialrechte, Vermögenskomplexe fallen darunter. Mit der Klage in Anspruch genommen ist ein spezieller Gegenstand nicht bloß dann, wenn der Kläger ihn als sein Vermögen in Anspruch nimmt (wie bei der Eigentumsklage), sondern auch dann,

Digitized by Google

wenn der Kläger die Herausgabe des Gegenstandes (restituere) kraft dinglichen oder obligatorischen Rechts von dem Beklagten verlangt. Auch die bloß auf Feststellung derartiger Rechte des Klägers gerichtete Klage ist als eine solche zu betrachten, die den Gegenstand in Anspruch nimmt; nicht die negative Feststellungsklage. Der Klagegegenstand muß im Besitze des Beklagten sein. Hinsichtlich des Klagegegenstandes wiederholt sich die Frage nach dem Orte, wo er sich befindet. Bem. Nr. 3 findet darauf entsprechende Anwendung; ebenso Bem. Nr. 5.

§ 25.

Für Klagen, durch welche das Eigentum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Teilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

Mot. S. 58, 59. KPr. S. 10, 508.

1. Forum rei sitae, Gerichtsstand der belegenen Sache, dinglicher Gerichtsstand. Über dessen Geschichte s. Bethmann-Hollweg Versuche I S. 53 ff., Wetzell § 41 bei N. 36 ff., Sohm altd. Reichs- u. Ger.Verf. I S. 301 ff., Wach I § 37, Planck I § 16. — Die CPrO. kennt diesen Gerichtsstand nur in Bezug auf unbewegliche Sachen. Was unbewegliche Sache ist, bestimmt das materielle Recht [AM. Wach I § 37 N. 9]. Daraus, daß eine Sache in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehört (vgl. z. B. preuß. Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 § 1), folgt noch nicht, daß sie unbewegliche Sache im Sinne des § 25 ist. Sache ist übrigens im Sinne von Vermögensbestandteil zu verstehen. Es kann z. B. ein Realrecht zu den unbeweglichen Sachen gehören.

2. Folgende Klagen gehören unter der Voraussetzung, daß sie sich auf unbewegliche Sachen beziehen, zu dem ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache:

a) Klagen, wodurch das Eigentum geltend gemacht wird, rei vindicatio, Publiciana in rem actio; nicht die Klage auf Eigentumsübertragung, nicht die hereditatis petitio (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 28); nicht die Klage auf Lostrennung beweglicher Sachen von unbeweglichen [RG. 6. Dez. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 488];

b) Klagen, wodurch eine dingliche Belastung — Servitut, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, Lehensrecht, Reallast — gegen den Eigentümer oder einen Dritten geltend gemacht wird, also a. confessoria im weitesten Umfange, a. hypothecaria, actio des emphyteuta und superficarius; die Klage des Lehensherrn und des Vasallen, in der die Rechte am Lehen geltend gemacht werden [RG. 14. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 90 S. 394]; die Klage des Fideikommißberechtigten auf Nutzung des unbeweglichen Fideikommißvermögens, nicht aber die Klage auf Rentenbezug aus dem Fideikommiß [RG. Entsch. XIII Nr. 103 S. 338, XXI Nr. 86 S. 411 f.]; die Klage des Muthers gegen denjenigen, welcher ein besseres Recht behauptet [RG. 14. Apr. 1888 Entsch. XXI Nr. 43 S. 225 ff.]; die Klage auf Anerkennung eines Bergwerkregals [RG. 27. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1063]. Nicht dazu gehört die Klage auf Bestellung oder Übertragung dinglicher Rechte [RG. 25. Jan. 1889 SA. XLIV Nr. 214], daher auch nicht die Klage auf Vormerkung eines gesetzlichen Pfandtitels [RG. 22. Jan. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1195]. — Die Klage einer Kirchengemeinde auf Feststellung des Nichtbestehens einer Verpflichtung zu Spann- und Frohndiensten bei einem Kirchenbau gehört nicht vor diesen Gerichtsstand, weil kein dingliches Recht in Frage ist [bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 57];

Digitized by Google

c) Klagen, wodurch die Freiheit von einer der sub b bezeichneten dinglichen Lasten, sei es von dem Eigentümer, sei es von einem anderen Klageberechtigten geltend gemacht wird. Die Klage auf Löschung einer im Hypotheken- oder Grundbuch eingetragenen Hypothek oder Grundschuld gehört vor das Gericht der belegenen Sache, wenn die Klage eine dingliche ist. Ob sie dies ist, ist eine Frage des materiellen Rechts. Die CPrO. erwähnt zwar in § 26 die Hypothekenlöschungsklage; allein daraus folgt nicht [wie Hellmann Komm. I S. 123, Lehrb. S. 119 und v. Sarwey I S. 60 ff. meinen], daß diese Klage von der PrO. stets dinglich ist, sondern nur, daß sie als dingliche Klage vorkommen kann. Bei der Verschiedenheit der deutschen Hypothekengesetze kann die Antwort auf die Frage nach der Dinglichkeit der Klage verschieden ausfallen. Hat die Eintragung konstitutive Bedeutung in dem Sinne, daß die eingetragene Hypothek ein von den Entstehungsursachen unabhängiges Dasein hat (wie dies z. B. im Mecklenburger Recht nach Annahme Meiboms Meckl. Hyp.R. S. 278 der Fall sein dürfte), so ist eine dingliche Klage auf Löschung nicht denkbar. Hat dagegen die Eintragung derartige Bedeutung nicht, so ist die Löschungsklage dingliche Klage (actio negatoria). Dies trifft wohl nach den meisten deutschen Hypothekengesetzen zu [vgl. Stobbe D. PrR. II § 96 Nr. 12]; insbesondere nach preuß. Recht [vgl. Dernburg pr. PrR. I 336, Eccius pr. PrR. III § 181] und nach dem bayer. Hypothekengesetz [vgl. Regelsberger bayer. Hyp.R. S. 482 f., wo übrigens abweichende Absichten sowie Schwankungen in der Praxis des ob. bayer. Gerichtshofes verzeichnet sind, Roth bayer. CR. § 150 vgl. m. § 196 Nr. 1.]. Von dem Standpunkte solcher Rechte aus ist die Löschungsklage stets eine dingliche, wenn sie von dem Bucheigentümer gegen den Eingetragenen gerichtet und das Nichtzurechtbestehen der Hypothek behauptet wird. Es macht keinen Unterschied, ob darin das Nichtzurechtbestehen der Hypothek auf Grund unrichtiger Eintragung auf das betreffende Grundstück oder auf Grund Verzichts auf das Hypothekenrecht oder auf Grund Nichtbestehens der Forderung (wozu natürlich auch alle Fälle der Tilgung der Forderung gehören) behauptet wird. [Vgl. über die besprochene Frage Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 61 f., Petersen (3) I S. 56, Wach I S. 441, Planck I § 16 Nr. 7, Voß Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 67 ff. Die Entscheidungen des RG. v. 15. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 105 S. 386 (sächs. Recht), 22. Dez. 1886 SA. XLI Nr. 220 (sächs. Recht), 25. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 93 S. 403 (weim. Recht), 25. Juni 1890 SA. XLVI Nr. 56 (preuß. Recht), ferner das U. des bay. ob. LG. Bl. f. RA. XLVI S. 220 (bayer. Recht), die für Löschungsklagen den Gerichtsstand des § 25 annehmen, sind vom Standpunkte der betr. Partikularrechte richtig. Unrichtig ist aber die in diesen Urteilen vorkommende Ansicht, daß schlechthin alle Klagen auf Löschung vor das Gericht der belegenen Sache gehörten.] — Keine Löschungsklage ist die Klage auf Erfüllung des Versprechens eines dritten, die Löschung herbeiführen zu wollen [RG. 18. Jan. 1890 Entsch. XXV Nr. 87 S. 384; vgl. a. Entsch. X Nr. 52 S. 193 f.];

d) die Grenzscheidungsklage (a. finium regundorum), sowohl wenn auf Ermittelung der streitigen Grenze, wie wenn auf Markierung der Grenze oder auf Teilung gemeinsamen Grenzgebiets geklagt wird. Das sog. Grenzerneuerungsverfahren des preuß. ALR. I 17 §§ 383 ff. ist kein Civilprozeß, daher ist § 25 auf dies Verfahren nicht anwendbar.

e) die Teilungsklage (a. communi dividundo). Die a. fam. herc. gehört vor das for. hereditatis (cf. l. 20 § 4 D. 10, 2). Nach preuß. ALR. ist das Verfahren zum Zwecke der Auseinandersetzung von Miteigentümern kein Civilprozeß, daher § 25 darauf nicht anwendbar. Vgl. auch preuß. Subh.Ordn. v. 1883 §§ 180 Nr. 2, 185, Krech u. Fischer Komm. (3) S. 529 N. 2;

f) die Besitzklagen, im Gegensatz zu den das Recht betreffenden Klagen — interdictum

Digitized by Google

uti possidetis (utrubi), unde vi, de precario, a. spolii, i. Salvianum; vgl. die Klagen zum Schutze des Servitutenbesitzes, wenn die dienende Sache eine unbewegliche ist.

3. In dem Gerichtsstande des § 25 können Ansprüche auf bewegliche Sachen, die Pertinenzen von unbeweglichen Sachen sind, mit dem Anspruch auf die unbewegliche Sache verbunden werden.

4. Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist ohne Unterscheidung zwischen confessoria und negatoria actio das forum rei sitae nur bei dem Gericht, in dessen Bezirk das dienende Grundstück liegt, begründet.

5. Ist eine unbewegliche Sache in zwei Gerichtsbezirken gelegen, so hat das Obergericht nach § 36 Nr. 4 die Zuständigkeit zu bestimmen. Das Gleiche gilt, wenn sich die dingliche Klage auf einen Komplex unbeweglicher, in mehreren Gerichtsbezirken gelegener Sachen bezieht. Es ist nicht etwa die Lage des größeren Teils oder der Wirtschaftsgebäude entscheidend.

6. Die Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes hat zur Folge: a) Für die in § 25 bezeichneten Klagen kann weder durch Vereinbarung noch durch Prorogation ein anderes Gericht zuständig werden (§ 40 Abs. 2). b) Auch als Widerklage können die in § 25 bezeichneten Klagen nur an dem forum rei sitae erhoben werden. a) Feststellungsklagen (§§ 231, 253) gehören, soweit sie die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der in § 25 bezeichneten Rechte zum Gegenstand haben, vor das forum rei sitae (vgl. Bem. Nr. 8 litt. a und b zu § 231 und Nr. 4 litt. b zu § 253). d) Wird eine der in § 25 bezeichneten Klagen bei einem Gerichte angebracht, bei dem der Gerichtsstand des § 25 nicht begründet ist, so ist die Klage von Amtswegen abzuweisen. Auf die Einrede der Unzuständigkeit wegen § 25 kann nicht verzichtet werden (vgl. § 247 Abs. 3).

Befindet sich die für den Gerichtsstand der belegenen Sache maßgebende unbewegliche Sache im Auslande, so folgt zwar aus der in § 25 ausgesprochenen Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstand nicht, daß der Gerichtsstand auch nach dem ausländischen Prozeßrecht ausschließlich ist, wohl aber, daß für die eine solche Sache betreffenden Klagen im Inlande kein Gerichtsstand besteht. Keineswegs können diese Klagen im Inlande in dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten angebracht werden. [AM. RG. 20. Jan. 1894 Entsch. XXXII Nr. 115 S. 414. Dagegen: Kohler Ges. Beitr. z. CPr. S. 536 N. 6.]

7. Dem Gerichtsstand des § 25 sind auch die Exterritorialen unterworfen (GVG. § 20). — Für das schiedsrichterliche Verfahren hat der Gerichtsstand des § 25 keine Bedeutung.

§ 26.

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.

Mot. S. 59. KPr. S. 10, 508.

1. Der § 26 gewährt dem Kläger die Möglichkeit, im dinglichen Gerichtsstande mit den einzelnen in § 26 genannten Klagen, wodurch eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, die damit zusammenhängende persönliche Klage zu verbinden, wenn sie gegen denselben Beklagten gerichtet und mit der dinglichen Klage verbunden ist. Der Gerichtsstand des § 26 ist für die persönlichen Klagen nicht ausschließlich. Exterritoriale sind dem Gerichtsstand des § 26 nicht unterworfen (vgl. GVG. § 20).

Digitized by Google

2. Wegen der Frage, wann eine Klage auf Löschung einer Hypothek vor das forum rei sitae gehört, s. § 25 Bem. Nr. 2 litt. c. Nur wenn für die Löschungsklage der ausschließliche Gerichtsstand des § 25 begründet ist, kann zugleich die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit oder auch auf Feststellung des Nichtbestehens der persönlichen Verbindlichkeit (§ 231) in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden.

§ 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

Mot. S. 58, 59. KPr. S. 10, 508.

1. In § 27 ist der dingliche Gerichtsstand zugelassen, jedoch nicht als ausschließlicher Gerichtsstand angeordnet für folgende persönliche Klagen:

a) Für die gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichteten Klagen. Hierher gehören gemeinrechtlich die actio quod metus causa, soweit sie Restitution fordert (arg. l. 9 § 8 D. quod metus causa 4, 2); das interd. quod vi aut clam (arg. l. 5 § 13 D., l. 7 pr. § 1 D. quod vi aut clam 43, 24); der Anspruch auf cautio damni infecti (arg. l. 9 § 4, 5, l. 10, l. 39 § 1 D. damni inf. 39, 2), die a. ad exhibendum (arg. l. 3 § 3 D. ad exhib. 10, 4); die a. aquae pluviae arc. (arg. l. 6 § 5, l. 12 D. de aqua et a. pluv. 39, 3, vgl. Burckhard die actio aquae pluviae arc. Fortsf. v. Glücks Pand.Komm. Ser. der Bücher 39, 40 Bd. III S. 549 ff.); die Klage aus einer Reallast gegen den Besitzer des belasteten Grundstücks oder des als unbewegliche Sache geltenden Rechts, sofern es sich um einzelne Leistungen, nicht um das Recht selbst handelt. Die Klage gegen den Eigentümer auf Ersatz irrtümlich bezahlter Steuern kann ebenfalls hierher gehören [vgl. RG. 1. Okt. 1890 SA. XLVI Nr. 58]. — Für Anfechtungsklagen besteht der Gerichtsstand des § 27 nicht, weil sie nie gegen den Besitzer als solchen gehen [vgl. Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 226].

b) Für Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks, ohne daß es für diese Klagen auf Beziehungen des Beklagten zu dem Grundstücke ankommt. Hierher gehören gemeinrechtlich die actio (utilis) legis Aquiliae, die Klage aus dem interd. quod vi aut clam' soweit sie nicht schon unter litt. a fällt, und die Klage wegen Wildschadens.

c) Für Klagen auf Entschädigung wegen Expropriation eines Grundstücks. Vgl. hierzu § 42 des RG. v. 21. Dez. 1871, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen. Der Gerichtsstand des § 42 l. c. ist ausschließlich. — Landesgesetzliche Bestimmungen, wonach das forum rei sitae für Klagen auf Entschädigung wegen Enteignung ausschließlich ist (z. B. preuß. Ges. v. 11. Juni 1874 § 30 Abs. 3, bay. Ges. v. 17. Nov. 1837 vgl. mit Art. 6 Abs. 3 des EG. z. bay. CPrO. v. 1869 und AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 50), werden nach § 15 Nr. 2 des EG. durch die CPrO. nicht berührt [vgl. RG. 4. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 82 S. 304, 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 166].

2. Dem Gerichtsstande des § 27 sind Exterritoriale nicht unterworfen (GVG. § 20).

§ 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Teilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Digitized by Google

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder teilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht geteilt ist.

Mot. S. 59, 60. KPr. 10, 508.

Litteratur: Wach I § 36 (hier auch Angaben über Entstehung des forum hereditatis), Planck I § 17. — Vgl. a. Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 u. Mot. dazu S. 21 f.

1. Der Gerichtsstand der Erbschaft (forum hereditatis) ist nicht ausschließlich. Er bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Erblassers zur Zeit des Todes, gleichviel ob dieser Gerichtsstand durch Wohnsitz oder Aufenthalt, als forum principale oder f. accessorium begründet war. War für den Erblasser der allgemeine Gerichtsstand an mehreren Orten begründet, so kann auch der Gerichtsstand der Erbschaft an den mehreren Orten begründet sein.

Der Gerichtsstand besteht auch nach dem vollzogenen Erwerb der Erbschaft.

2. Zu Abs. 1: Klagen, die Erbrechte zum Gegenstand haben, sind die hereditatis petitio (auch soweit sie als utilis actio dem Universalfideikommissar, dem Ereptionsberechtigten und dem Fiskus bei erblosem Nachlasse zusteht), die querela inofficiosi testamenti (auch die Pflichtteilsklage des preuß. ALR.), ebenso die vom Vater kraft seines Nießbrauchsrechts am Vermögen der Kinder auf Feststellung des Pflichtteils der Kinder erhobene Klage [RG. 18. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 95 S. 365], das interdictum quorum bonorum, das remedium ex lege ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. Auch die querela inoff. donationis et dotis gehört dazu, weil dadurch ein Erbrecht geltend gemacht wird [vgl. Ztschr. f. d. CPr. III S. 486 ff., XIII S. 359, RG. 15. Mai 1885 Entsch. XV Nr. 94 S. 363 (betr. franz. CRecht)]. Die Ansprüche auf missio in possessionem ventris nomine und ex Carboniano edicto würden gleichfalls hierher gehören, wenn sie noch praktisch wären. Klagen, die Vermächtnisse oder sonstige Verfügungen auf den Todesfall zum Gegenstand haben, sind gemeinrechtlich die dingliche wie die persönliche Klage des Vermächtnisnehmers gegen den Belasteten (nicht die dingliche Klage gegen den dritten, s. u. Abs. 3), die actio ad supplendam legitimam, die Klage aus der Schenkung auf den Todesfall. Auch die Klage auf Ausführung einer die Art und Weise der Nachlaßverwaltung betreffenden testamentarischen Anordnung dürfte hierher zu rechnen sein [vgl. RG. 21. Apr. 1890 Entsch. XXVI Nr. 79 S. 381 ff.]. Klagen, die die bezeichneten Rechte betreffen, können auch als Feststellungsklagen in dem Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden. Für die Vermächtnisklage gegen die Erben des Beschwerten besteht der Gerichtsstand der Erbschaft im allgem. Gerichtsstand des Vermächtnisgebers [RG. 15. Okt. 1880 Entsch. III Nr. 106 S. 380]. — Die Teilung der Erbschaft ist Gegenstand der actio familiae erciscundae. Auch für die Klage auf Teilung der Erbschaft zwischen dem Erben und dem Universalfideikommissar besteht der Gerichtsstand des § 28 [bay. ob. LG. SA. XLVIII Nr. 61].

Der Gerichtsstand der Erbschaft ist für die in § 28 bezeichneten Klagen auch dann gegeben, wenn zu der Erbschaft unbewegliche, in einem anderen Bezirk gelegene Sachen gehören und wenn der Gegenstand des Vermächtnisses eine anderswo gelegene unbewegliche Sache ist. Vgl. die Motive S. 60, nordd. Prot. I S. 52.

Für Singularklagen, in denen Eigentum, ein anderes dingliches oder ein Forderungsrecht auf Grund erbrechtlichen oder vermächtnisrechtlichen Titels in Anspruch genommen wird, ohne daß nach dem Inhalt der Klage das Erbrecht oder das Vermächtnisrecht Streitgegenstand ist, besteht der Gerichtsstand der Erbschaft nicht. Wenn Singular-

Digitized by Google

klagen Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, so gehören sie zum dinglichen Gerichtsstande (§ 25).

Der Gerichtsstand der Erbschaft besteht nicht für Klagen, in denen es sich um die Nachfolge in Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse handelt [vgl. RG. 30. Dez. 1887 Entsch. XXI S. 413].

3. Zu Abs. 2: Zu den in Abs. 2 bezeichneten Klagen gehören dingliche und persönliche Klagen gegen den Erblasser oder den Erben als solchen mit Ausnahme der dem dinglichen Gerichtsstande in § 25 zugewiesenen Klagen. Unter Ansprüchen an den Erblasser sind Ansprüche zu verstehen, die bereits gegen den Erblasser bestanden. Unter den Ansprüchen an die Erben als solche sollen nach den Motiven Ansprüche zu verstehen sein, die nach dem Tode des Erblassers gegen die ungeteilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solcher, begründet werden. [Vgl. Verh. der Nürnb. Komm. zur Beratung e. Entw. e. Ges. über Gew. d. Rechtshülfe S. 61]. Fitting Arch. f. civ. Pr. LXI S. 306 versteht darunter nur Ansprüche, die gegen die ruhende Erbschaft z. B. aus einer neg. gestio entstanden.

4. Während für die in Abs. 1 bezeichneten Klagen der Gerichtsstand der Erbschaft ohne zeitliche Beschränkung Platz greift, ist dieser Gerichtsstand für die in Abs. 2 bezeichneten Klagen zeitlich beschränkt. Er dauert:

a) bei Succession eines einzigen Erben so lange, als ein, wenn auch das unbedeutendste, Stück des Nachlasses sich im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet. Über die Ortsangehörigkeit von Vermögensstücken vgl. Bem. Nr. 3 zu § 24. Die im Schlußsatze des § 24 (cf. § 729 Abs. 2) enthaltenen Bestimmung über die Ortsangehörigkeit von Forderungen ist auch hier anwendbar. Mit der Veräußerung durch den Erben hört jedes einzelne Nachlaßstück auf, Nachlaß zu sein.

b) Bei Succession mehrerer Erben bis zur Beendigung der Nachlaßteilung. Jeder einzelne Nachlaßgegenstand verliert mit der Teilung und Zuweisung an einen von mehreren Erben seine Eigenschaft als Nachlaßgegenstand. Nach durchgeführter Teilung giebt es daher keinen „Nachlaß" mehr. Es kommt nichts darauf an, ob vor Beendigung der Teilung sich Nachlaß im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet. Auch wenn sich (was kaum jemals vorkommen wird) überhaupt kein Nachlaß in diesem Gerichtsbezirke befunden haben sollte, ebenso, wenn zwar der in diesem Gerichtsbezirke befindliche Nachlaß verteilt, außerhalb aber noch ungeteilter Nachlaß vorhanden ist, ist der Gerichtsstand des § 28 Abs. 2 begründet.

Diese Auslegung des in der Fassung nicht glücklichen Abs. 2 stützt sich auf die Geschichte des aus dem nürnb. Entw. e. Ges. ü. Gew. d. Rechtshülfe § 9 stammenden § 28. Es geht daraus, insbesondere aus den nürnb. Komm.Ber. S. 44, nürnb. Komm.Prot. S. 59 ff., 124 ff., hann. Entw. § 19, hann. Prot. 454—463, 489—501, 519, 809, preuß. Entw. § 26 und Mot. dazu S. 19, nordd. Entw. § 60, nordd. Prot. S. 50 ff., 232, Mot. zu Entw. III S. 59, 60 als im höchsten Grade wahrscheinlich hervor, daß mit dem sich dem nürnb. Entw. genau anschließenden Texte des § 28 nichts anderes gesagt werden wollte, als was der hann. Entw. und der preuß. Entw. in deutlicherer Fassung zum Ausdruck brachten, nämlich, daß der erste Bedingungssatz des Abs. 2 „wenn — befindet" nur auf den Fall des Daseins eines Erben gemünzt ist. Ferner: wäre dieser erste Bedingungssatz auch auf den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben zu beziehen, so würde der zweite Bedingungssatz „wenn mehrere Erben ꝛc." nur für den kaum jemals sich ereignenden Fall, daß sich Nachlaßgegenstände überhaupt nicht in dem Bezirk des Erbschaftsgerichts befinden, Bedeutung haben — was doch sehr wenig wahrscheinlich ist. [Mit vorstehender Auslegung stimmen im Resultate überein: Gaupp I S. 67 f., Endemann I § 28 S. 274, Siebenhaar S. 67, Wach I § 36

Digitized by Google

bei N. 4, Planck I § 17 N. 10. Dagegen beziehen Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 3, Petersen (3) I S. 62 die erste Alternative auch auf den Fall mehrerer Erben, lassen also die Klagen gegen jeden von mehreren Erben im Gerichtsstande des § 28 zu, solange sich ein Nachlaßstück im Bezirke des Gerichts befindet. Fitting Arch. f. civ. Pr. LXI S. 406 ff., Lehrb. (7) § 15 N. 8 und v. Bülow § 28 N. 5 verstehen die erste Alternative dahin, daß Erbschaftsgläubiger gegen jeden Allein- oder Teilerben klagen können, solange das, was einem Teilerben durch die Teilung von dem Nachlasse zugefallen ist, sich noch ganz oder teilweise im Bezirke des Erbschaftsgerichts befindet.

5. Die Bestimmung des preuß. ALR. I 17 § 132 ist aufgehoben. Landesgesetzliche Bestimmungen über das erbschaftliche Liquidationsverfahren sind nach EG. § 15 Nr. 3 durch § 28 nicht berührt.

§ 29.

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Mot. S. 60, 61. KPr. S. 10, 11, 508.

1. Litteratur: Wach I § 38 II, Planck I § 18, Hellmann Lehrb. S. 114, Schultze Kr.VJ. Schr. XVIII S. 217 ff., Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 224 ff., Peter Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 368 ff., Westerburg eod. XXV S. 42 ff., Stein eod. XXVIII S. 406 ff., Pfizer eod. XXV S. 499 ff., P. Mayer Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 241 ff. Über das frühere Recht s. Wetzell § 41 I, Albrecht das Motiv des forum contractus, Bethmann-Hollweg Versuche S. 16 ff.

2. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für Vertragsklagen (forum solutionis, auch wohl forum contractus) stammt aus dem gem. Prozeßrechte. Er ist nicht ausschließlich. Für Klagen im Wechselprozesse ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts in § 556 besonders geregelt. Für Klagen aus Wechseln im ordentlichen Prozesse ist § 29 anwendbar [RG. 9. Juli 1888 Entsch. XXI Nr. 80 S. 400]. Gerichtsstand des Erfüllungsorts vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 25.

Der Gerichtsstand wird durch den Ort bestimmt, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. In dem Entwurfe hieß es: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist." Die JK. des RT. setzte die jetzige Fassung, „weil es auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrags geklagt werde." (KPr. S. 10 f.)

Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist nicht auf Handelssachen beschränkt. Daß der Beklagte am Erfüllungsorte anzutreffen sei oder Vermögen im Bezirke des Gerichts habe (pr. AGO. I 2 §§ 142 f.), ist nicht erforderlich.

Die Bestimmungen des Code civ. art. 111 und des Code de proc. art. 59 über das domicile élu sind durch § 29 nicht berührt.

3. Wo eine Verpflichtung zu erfüllen ist, bemißt sich nach dem bürgerlichen Rechte, das für das Schuldverhältnis maßgebend ist.

Wegen des gem. deutschen Rechts vgl. v. Savigny Syst. VIII S. 221 ff., Windscheid Pand. II § 282, Dernburg Pand. II § 82, Reatz die L. v. Erfüllungsort (1862), Schulin z. L. v. Erfüllungsort (1879), L. Burchard z. L. v. Erfüllungsort (1880). Gemeinrechtlich bestimmt sich der Erfüllungsort einer vertragsmäßigen Verpflichtung zunächst nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Vertragschließenden oder nach dem Gegenstande der Leistung. Die Verpflichtung auf Herausgabe einer speziellen Sache ist

Digitized by Google

im Zweifel da zu erfüllen, wo sich die Sache befindet. Ergiebt sich hiernach kein Erfüllungsort, so muß der Schuldner da erfüllen, wo er beklagt ist [vgl. Windscheid a. a. O. A. M. Kratz a. a. O. S. 74]. Hiernach ist der Gerichtsstand des § 29 für die nach dem gem. Recht zu beurteilenden Verpflichtungen des Beklagten nur dann von Bedeutung, wenn der Erfüllungsort durch Vereinbarung oder durch den Leistungsgegenstand bestimmt ist; denn sonst fällt der Gerichtsstand des Erfüllungsorts mit dem allgemeinen oder einem anderen besonderen Gerichtsstande zusammen [vgl. Plank I S. 67, OLG. Oldenburg SA. XLVII Nr. 56].

Der Erfüllungsort der nach Handelsrecht zu beurteilenden Verpflichtungen ergiebt sich aus HGB. Art. 324, 342. Gemäß Art. 325 Abs. 2 wird durch die Bestimmung des Art. 325 Abs. 1 über die Verpflichtung des Geldschuldners, die Zahlung an die Niederlassung oder den Wohnort des Gläubigers zu übermachen, der gesetzliche Erfüllungsort (Art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes nicht geändert. Der Art. 325 Abs. 2 ist durch § 29 der CPrO. nicht aufgehoben. [Vgl. Westerburg a. a. O. S. 55 ff., RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 438 ff., 27. Okt. 1880 II Nr. 31 S. 123, 26. Jan. 1881 III Nr. 36 S. 119, 2. Mai 1883 X Nr. 107 S. 352, 26. Jan. 1893 XXX Nr. 127 S. 414.] Neben den Bestimmuugen des HGB. über den Erfüllungsort kommen landesgesetzliche Bestimmungen darüber auch nicht subsidiär in Betracht [vgl. RG. 26. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 36 S. 119]. Nach Ansicht des RG. ergiebt sich aus der Natur des Kommissionsgeschäftes, daß sowohl die Verpflichtungen des Kommissionärs als auch die des Kommittenten, wenn nichts anderes vereinbart ist, am Orte der Niederlassung oder am Wohnorte des Kommissionärs zu erfüllen sind, und zwar auch wenn der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts (HGB. Art. 376) Gebrauch machte [RG. 3. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 23 S. 90, 29. Mai 1880 XXIII Nr. 96 S. 412 ff.]. Über den Erfüllungsort bei Distanzkaufgeschäften s. RG. 29. Mai 1890 Beitr. z. Erl. d. DR. XXXIV S. 1148, 26. Jan. 1893 Entsch. XXX Nr. 127 S. 411 ff.; bei der Verpflichtung ein Kommissionslager zu halten, s. OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 282.

Wegen des Erfüllungsorts der nach preuß. Landrecht und der nach franz. Civilrecht zu beurteilenden Verpflichtungen s. ALR. I 5 §§ 247 ff., Dernberg pr. PrR. II § 57, Förster Eccius pr. PrR. I § 83, Code civ. art. 1247.

Für den Gerichtsstand ist nicht bloß der in dem Vertrage bezeichnete, sondern auch der gesetzliche Erfüllungsort maßgebend [vgl. OLG. Celle SA. XL Nr. 23.]

Hat der Kläger die Wahl zwischen mehreren Erfüllungsorten, so bestimmt seine Wahl auch den Gerichtsstand des Erfüllungsorts. Steht dem Beklagten die Wahl zwischen mehreren Erfüllungsorten zu, so ist, so lange er noch nicht gewählt hat, ein für den Gerichtsstand maßgebender Erfüllungsort noch nicht vorhanden. Erhebt der Kläger die Klage bei dem Gerichte eines der Erfüllungsorte, so läuft er Gefahr, abgewiesen zu werden, wenn der Beklagte sich nicht für diesen Erfüllungsort entscheidet.

4. Aus dem Vertrage können sich mehrere Verpflichtungen ergeben, deren Erfüllungsort nicht der gleiche ist [vgl. RG. 4. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 102 S. 351]. Der Gerichtsstand bemißt sich nach dem Erfüllungsorte der streitigen Verpflichtung. Streitig wird durch die Klagerhebung die Verpflichtung, über deren Bestehen oder Nichtbestehen vom Kläger eine Entscheidung verlangt wird. Wird die Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtungen oder zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auch die bloße Feststellung einer solchen Verpflichtung beantragt, so ist die Verpflichtung des Beklagten streitig und deren Erfüllungsort maßgebend. [Vgl. RG. 13. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 112 S. 405, wo die Verpflichtung des Käufers zur Annahme

Digitized by Google

der Waren streitig war.] Geht die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer vom Beklagten behaupteten Vertragspflicht des Klägers, so ist die Verpflichtung des Klägers streitig und folglich der Ort maßgebend, wo diese Verpflichtung, wenn sie bestände, zu erfüllen sein würde [RG. 2. Mai 1883 Entsch. X Nr. 107 S. 352, OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 54]. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Kläger bestreitet, daß der Vertrag überhaupt zum Abschlusse kam, oder ob er behauptet, daß der Vertrag wegen Zwangs, Betrugs oder Irrtums ungültig oder daß seine Vertragspflicht nachträglich erloschen sei [vgl. RG. 15. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 118 S. 413]. Anders liegt die Sache, wenn auf Aufhebung des Vertrags und auf Zurückgewähr der empfangenen Leistungen (oder Befreiung von der Leistungspflicht) gegen Zurückerstattung des Empfangenen aus dem Grunde geklagt wird, weil die vom Beklagten empfangene Sache Mängel oder nicht die vom Beklagten zugesicherten Eigenschaften habe (actio redhibitoria). Hier dreht sich der Streit darum, ob der Beklagte seine Vertragspflicht erfüllt habe; streitig ist also die Vertragspflicht des Beklagten; deshalb bestimmt sich der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach dem Orte, wo der Beklagte seine vertragsmäßige Verpflichtung zu erfüllen hat. Es macht keinen Unterschied, ob der Kläger bereits geleistet hat und Rückgewähr verlangt oder noch nicht geleistet hat und Befreiung verlangt; denn auch im zweiten Falle ist die Vertragspflicht des Beklagten und deren Erfüllung der Kernpunkt des Streits. [Vgl. Weismann Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 21 ff., Wach Handb. I S. 452 (dieser will den Fall, daß der Kläger noch nicht geleistet hat, anders behandeln). Die Rechtsprechung des RG. schwankt. Nach RG. 15. Feb. 1881 Entsch. III Nr. 118 S. 413, 17. März 1890 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 215, 19. Dez. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 434 soll bei der actio redhibitoria, auch wenn der Kläger schon erfüllt hat, die Verpflichtung des Klägers die streitige sein; diese Ansicht hat der II. Senat 16. Dez. 1890 Entsch. XXVII Nr. 103 S. 397 ff. aufgegeben und für diesen Fall die Verpflichtung des Beklagten zur Rückerstattung als die streitige angenommen. Vgl. a. die UU. 2. Mai 1883 Entsch. X Nr. 107 S. 350, 20. Dez. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1048, 5. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 81 S. 358, 18. Sept. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1143. Die in einigen Urteilen vertretene Ansicht, daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückerstattung des Preises an dem Orte zu erfüllen sei, wo sich die zur Disposition gestellte Ware befinde, weil Zug um Zug gegen deren Rückgewähr zu erfüllen sei, ist im U. d. RG. v. 16. Dez. 1890 Entsch. XXVII Nr. 103 S. 399 vom Standpunkte des franz. Civilrechts aus und im U. v. 29. März 1893 XXXI Nr. 90 S. 383 vom Standpunkte des gem. Rechts aus verworfen, ebenso vom OLG. Hamburg SA. XLIX Nr. 118; wogegen ein U. d. RG. v. 15. März 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1208 vom Standpunkte des preuß. ALR. wieder die andere Ansicht vertritt.] Aus demselben Grunde, wie bei der actio redhibitoria, ist bei der actio quanti minoris die Verpflichtung des Veräußerers streitig und daher deren Erfüllungsort maßgebend. — Wird auf eine für den Fall des Rücktritts vom Vertrage bestimmte Abfindung geklagt, so ist der Ort, wo die Abfindung zu leisten ist, maßgebend [RG. 22. Febr. 1894 Entsch. XXXII Nr. 123 S. 430].

5. Der Gerichtsstand des § 29 besteht nur für Klagen, die aus Verträgen entstandene Verpflichtungen betreffen. Dazu gehören die positive und die negative Feststellungsklage, worin eine Entscheidung über das Bestehen einer vertragsmäßigen Verpflichtung verlangt wird, die Klage auf Verurteilung zur vertragsmäßigen Leistung, bgl. zur Entschädigung wegen Nichterfüllung [z. B. wegen Bruchs eines Verlöbnisses: RG. 16. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 102 S. 338 ff., OLG. Hamburg SA. XL Nr. 149] oder wegen nicht gehöriger Erfüllung, die Klage auf Konventionalstrafe [RG. 20. Apr. 1886 Entsch. XV Nr. 131 S. 436],

Digitized by Google

die Klage, worin die Rückgängigmachung eines Vertrags und die Zurückgewähr einer Leistung verlangt wird (actio redhibitoria), sowie die Klage auf Herabsetzung des Preises (actio quan timinoris). — Die aus dem Vertrage mit einer offenen Handelsgesellschaft gegen einen Gesellschafter erhobene Klage kann im Gerichtsstande des § 29 erhoben werden [RG. 13. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 11 S. 46].

Für Klagen aus den sog. Quasikontrakten besteht der Gerichtsstand des § 29 nicht. [Vgl. Wach I S. 446, Westerburg a. a. O. S. 61, RG. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 408, 23. Mai 1890 XXVI Nr. 29 S. 389, bay. ob. LG. Bl. f. RA. VIII Erg.Bd. S. 31 u. SA. XLIV Nr. 215.] Ebensowenig für Klagen auf Aussonderung aus der einer Konkursmasse [RG. 10. Mai 1893 Entsch. XXXI Nr. 94 S. 392]. Wird in der Klage behauptet, daß eine auftragslose Geschäftsführung nachträglich genehmigt oder die Ansprüche daraus anerkannt wurden, so ist der Gerichtsstand des § 29 gegeben [vgl. RG. 23. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 29 S. 391]. Die Klage aus grundloser Bereicherung kann nicht im Gerichtsstande des § 29 erhoben werden, weil der Anspruch nicht auf Vertrag beruht [vgl. RG. 12. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 411, 25. Jan. 1881 III Nr. 107 S. 384, 15. Febr. 1881 III Nr. 118 S. 415], ebendarum auch nicht die Klage auf Zurückgabe des Schuldscheins nach Zahlung der Schuld [RG. 24. Okt. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1153]. Für die Klage auf Quittierung besteht der Gerichtsstand des § 29 nicht [RG. 9. Jan. 1892 Entsch. XXVIII Nr. 109 S. 434].

Für die Klage, durch die ein Vertrag wegen Verkürzung der Gläubiger angefochten wird, besteht der Gerichtsstand des § 29 nicht, weil der Anfechtungsanspruch kein Anspruch aus dem Vertrage ist und weil er nicht auf Aufhebung des Vertrags geht. [Vgl. Gaupp I S. 69, A. Förster § 24 Nr. 4b, Stein a. a. O. S. 413, Jäckel Anfechtung von Rechtshandlungen S. 183, Wach I S. 448, RG. 22. Jan. 1893 Entsch. XXX Nr. 123 S. 402, 20. Nov. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 489. AM. Wilm. Levy N. 2, Cosack Anfechtungsrecht S. 226, Otto Anfechtung von Rechtshandlungen S. 231.]

Durch die Verbindung eines Anspruchs, für den der Gerichtsstand des § 29 nicht besteht, mit einem Anspruche, für den er besteht, kann der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für jenen Anspruch nicht gewonnen werden.

6. Die zur Begründung des Gerichtsstandes des Erfüllungsorts dienenden Thatsachen hat der Kläger zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen. Die, zum Zwecke der Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit nötige Untersuchung und Feststellung des Erfüllungsorts ist bloß hypothetisch; das Gericht hat dabei noch nicht zu untersuchen, ob der bestrittene Vertrag und der daraus abgeleitete Anspruch zu Recht besteht, sondern nur, wo für den Fall, daß der Vertrag und der Anspruch zu Recht bestehen sollte, der Erfüllungsort sein würde. Diese Untersuchung kann unter Umständen für die Hauptsache bedeutsam werden; aber sie präjudiziert ihr nicht. [Vgl. Stein a. a. O. S. 433 ff., P. Mayer a. a. O. S. 241 ff., Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1 ff., bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 131, RG. 11. Febr. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 706, 11. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 97 S. 371. Abw. Kohler Arch. f. civ. Pr. LXX S. 225 ff., KrVJSchr. N. F. III S. 395 ff. und Ges.Beitr. z. CPr. S. 115 ff.]

§ 30.

Für Klagen aus den aus Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte geschlossenen Handelsgeschäften (Meß- und Marktsachen) ist das Gericht des Meß- oder Marktorts zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeß-

Digitized by Google

führung berechtigter Vertreter desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.

Mot. S. 61, 62. KPr. S. 10, 11, 508.

1. Litteratur: v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. d. CPr. VII S. 62 ff., Stein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 420 ff., Wach I § 38 IV S. 457 f.

2. Die Bestimmung des Begriffs „Meß- und Marktsachen" (vgl. §§ 194, 234, GVG. § 202 Nr. 3) führt auf den nordd. Entw. § 15 Nr. 4 zurück. Darunter fallen alle Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der nur dem Kleinverkehr dienenden Jahr- und Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften. Der Begriff „Handelsgeschäfte" ist nach HGB. Art. 271 ff. zu bestimmen. Daß das Geschäft auf beiden Seiten oder auf Seite des Beklagten ein Handelsgeschäft sei, ist nicht erforderlich.

In der nordd. Komm. (Prot. S. 2298 f.) wurde hervorgehoben, „daß es nicht in Betracht komme, ob die Partei den Vertrag in Person geschlossen habe, ob die Messe bereits ein- oder ausgeläutet sei, wenn dieselbe nur nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs bereits oder noch bestanden habe, und daß durch das Wort auf die Geschäfte ausgeschlossen werden, welche nur während der Messe und nicht im Marktverkehr geschlossen werden."

3. Die Dauer des fakultativen Gerichtsstandes des Meß- oder Marktorts ist nicht auf die Dauer der Messe oder des Marktes beschränkt. Aber Anwesenheit des Beklagten oder eines zur Prozeßführung berechtigten Vertreters am Meß- oder Marktorte oder im Bezirke des Gerichts des Meß- oder Marktorts wird verlangt. Der Gerichtsstand ist während der Messe oder des Marktes nicht gegeben, wenn der Beklagte oder sein Vertreter nicht mehr anwesend ist; es dauert über die Meß- oder Marktzeit hinaus, solange der Beklagte oder ein Vertreter anwesend ist. Ununterbrochene Dauer des Aufenthalts des Beklagten oder seines Vertreters am Orte oder im Bezirke des Gerichts von der Meßzeit bis zur Klagerhebung ist nicht erforderlich. Der Gerichtsstand ist z. B. begründet für die Klage aus einem auf der Leipziger Ostermesse 1892 abgeschlossenen Geschäfte, wenn die Klagezustellung an den unterdessen in seine Heimat gereisten russischen Händler bei seiner Rückkehr nach Leipzig im Jahre 1893 erfolgt [so auch v. Schrutka a. a. O.]. — „Aufhält" = anwesend ist z. B. der Zustellung der Klage.

4. Ob ein Vertreter zur Prozeßführung berechtigt ist, ist nach dem materiellen Rechte — HGB. Art. 42, 47, 49, 58 — zu beurteilen. Der Prokurist ist zur Prozeßführung berechtigt; der Handlungsbevollmächtigte und der Handlungsgehülfe nur, wenn ihnen die Ermächtigung dazu besonders erteilt ist.

5. Es ist nicht nötig, daß der Anwesende derselbe ist, der das Geschäft geschlossen hat. Der Gerichtsstand des § 30 ist z. B. auch begründet, wenn der Prinzipal selbst das Geschäft abgeschlossen hat und dann abgereist ist, während sein Prokurist anwesend ist.

6. Wegen Beschleunigung des Verfahrens in Meß- und Marktsachen s. §§ 194, 234, 459, 481, 517 und GKG. § 203 Nr. 3 (Feriensachen).

§ 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

Mot. S. 62. KPr. S. 10, 11, 20, 508.

Litteratur: Stein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 422, Wach I § 38 V S. 458 f.

1. Der fakultative Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (forum gestae administrationis) besteht für die actio directa des Geschäftsherrn und die actio contraria des

Digitized by Google

Verwalters [RG. 3. Nov. 1886 Entsch. XX Nr. 83 S. 364 betr. Klage eines Hauptagenten gegen seine Versicherungsgesellschaft]. Für die Klagen dritter Personen ist dieser besondere Gerichtsstand neben dem des Vertrags kein Bedürfnis (Mot. S. 62).

2. Es ist nicht nötig, daß die Verwaltung ein ganzes Vermögen umfasse [RG. 28. Juni 1889 SA. XLV Nr. 44]. Als der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, ist nicht der Ort, wo sich das Vermögen befindet, sondern der Sitz der Verwaltung zu betrachten (KPr. S. 11). Regelmäßig wird dies der Wohnsitz des Verwalters sein.

3. Der Gerichtsstand des § 31 erlischt nicht mit dem Aufhören der Verwaltung.

4. Es ist einerlei, ob die Vermögensverwaltung auf Vertrag (mandatum, locatio conductio) oder auf Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) oder auf Gesetz (z. B. Verwaltungsrecht des Mannes an dem Frauengute) oder auf Bestellung durch eine Behörde (z. B. Vormundsbestellung, Ernennung zum Konkursverwalter oder zum Liquidator) beruht.

§ 32.

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

Mot. S. 62. KPr. S. 11, 19, 508.

Litteratur: A. Korn der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Berlin 1885), Wach I § 38 VIII S. 462 f. Zur Geschichte des forum delicti commissi s. Wetzell § 41 bei N. 31 ff.

1. a) Der fakultative Gerichtsstand des § 32, das gemeinrechtliche forum delicti commissi, besteht nur für Klagen aus unerlaubten Handlungen. Darunter sind nicht nur strafbare Handlungen, sondern auch alle Thatbestände des Civilrechts zu verstehen, in denen ein nicht bloß auf vertragsmäßiger Gebundenheit beruhendes Verschulden (dolus oder culpa) das Entstehen einer Verbindlichkeit bewirkt, also z. B. auch fahrlässige Sachbeschädigungen. Es kann daher nicht die Rede davon sein, daß die Einleitung eines Strafverfahrens zur Begründung dieses Gerichtsstandes nötig wäre. Auch wird dieser Gerichtsstand dadurch nicht berührt, daß ein eingeleitetes Strafverfahren mit Freisprechung endigte (KPr. S. 11, 19). — Der Gerichtsstand des § 32 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der aus der unerlaubten Handlung entstandene Anspruch auch mit einer Vertragsklage verfolgbar ist.

b) Die Frage, ob der Gerichtsstand des § 32 für Klagen aus den sog. Quasidelikten begründet sei [bejaht vom RG. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 118 S. 411, dagegen Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 69, Struckm. Koch N. 1], läßt sich nicht allgemein beantworten, weil der Begriff des sog. Quasidelikts unbestimmt und unbestimmbar ist. Unter den vier Ansprüchen, von denen in Inst. 4, 5 und l. 5 §§ 4—6 D. 44, 7 gesagt wird, daß sie „quasi ex delicto" entstehen — a. contra iudicem qui litem suam fecit, a. de effusis v. deiectis, a. de posito et suspenso und Klage aus dem Edikte, das die nautae caupones etc. für Delikte ihrer Leute haftbar macht — kann der erste im Gerichtsstande des § 32 eingeklagt werden, weil die Haftung des Richters dessen Schuld voraussetzt. Die übrigen Klagen können jedenfalls dann im Gerichtsstande des § 32 angebracht werden, wenn ein Verschulden des Beklagten behauptet wird. Darüber, ob der Gerichtsstand auch für Klagen wegen fremden Verschuldens besteht, s. u. litt. c. Deutsche Juristen haben unter obligationes qu. ex del. noch mancherlei Haftbarkeit gestellt (z. B. die Fälle der a. de pauperie, der a. de pastu, die Klage aus dem interd quod vi aut clam ꝛc.), bei denen von unerlaubter Handlung im Sinne des § 32 wohl nicht die Rede sein kann. — Für Klagen auf Entschädigung wegen vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandelns gegen die Gesetze zum Schutze der sog. Immaterialrechte (Autorrecht, Patentrecht ꝛc.) ist der Gerichtsstand des

Digitized by Google

§ 32 begründet [vgl. RG. 21. März 1885 Entsch. XIII Nr. 117 S. 423]; nicht für die bloße Abwehrklage des Patentinhabers (§ 4 des Pat.Ges.) und für die Klage aus § 13 des Markenschutzgesetzes, weil es hier nicht auf ein Verschulden ankommt [RG. 19. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 89 S. 394, OLG. Hamburg, SA. XLIX Nr. 196].

c) Für Klagen aus unerlaubten Handlungen dritter, für die der Beklagte, sei es auf Grund eines Vertrags (z. B. Haftbarkeit für furtum bei Übernahme der custodia nach l. 40, 41 cf. 19 D. 19, 2; l. 1 C. loc. 4, 51; l. 19 D. 13, 6), sei es auf Grund eines Gesetzes (z. B. Haftbarkeit des habitator für den durch effundere ꝛc. angerichteten Schaden, des nauta, caupo ꝛc. für Diebstähle und Sachbeschädigung seiner Leute, Haftbarkeit des Frachtführers für die in HGB. Art. 400 bezeichneten Personen, des Unternehmers nach RHaftpfl.-Ges. § 2 für die schuldhaften Handlungen der daselbst bezeichneten Personen; ferner pr. ALR. I 6 § 18, pr. Forstdiebst.Ges. v. 15. April 1878 §§ 11, 12, pr. Feld- und Forstpol.Ordn. v. 11. März 1880, C. c. art. 1384 etc.) einzustehen hat, ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet. Dies ergiebt sich aus dem gesetzgeberischen Motiv für die Einführung dieses Gerichtsstandes — Beweiserleichterung, Kostenersparnis (s. Nov. 69 c. 1) — und kann auf die Analogie von l. 43 D. 9, 4 gestützt werden. [Ebenso Wach I § 38 N. 88, Eger, RHaftpfl.Ges. S. 217, 477, ROHG. 24. Jan. 1874 Entsch. XVI S. 4, 6, RG. 3. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 118 S. 384, 18. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1049.]

d) Ob für die Anfechtungsklagen nach KO. §§ 23—25, 33 und RG. v. 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandl. außerh. des Konkurses, der Gerichtsstand des § 32 begründet ist, hängt davon ab, ob man diese Klagen für Deliktsklagen erachtet oder nicht. Wer den Deliktscharakter aller dieser Klagen bestreitet [so Cosack, das Anfechtungsrecht der Gläubiger (1884) S. 15 ff.], muß natürlich das forum delicti für alle verneinen [Cosack a. a. O. S. 226]. Für die Klagen nach KO. §§ 24 Nr. 1, 33 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und aus Anf.Ges. §§ 3 Nr. 1, 11 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 ist mit Rücksicht auf die zum Klagegrund gehörige Behauptung der participatio fraudis des Beklagten und auf den historischen Zusammenhang mit der deliktischen actio Pauliana die Deliktsnatur und also der Gerichtsstand des § 32 sicher anzunehmen [RG. 18. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 168, 17. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1124, OLG. Karlsruhe in Zeitsch. f. d. CPr. III S. 490]. Zweifelhaft ist die Natur der Klagen aus KO. § 23. Ohne Künstelei ist ein Delikt des Schuldners oder des Anfechtungsbeklagten in dem Klagegrund hier nicht zu finden, denn die Vornahme der dort bezeichneten Rechtshandlungen in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Konkurseröffnung ist keine unerlaubte Handlung; daher ist der Gerichtsstand des § 32 für diese Klagen nicht als begründet zu erachten [RG. I CS. 25. Nov. 1882 Entsch. X Nr. 97 S. 325 ff., verein. Civ.Sen. 28. Juni 1888 XXI Nr. 89 S. 420 spez. betr. KO. § 23 Nr. 2. AM. RG. 2. CS. 16. Juni 1883 Entsch. X Nr 98 S. 334 ff.]. Die Anfechtungsklagen aus KO. §§ 24 Nr. 2, 33 Abs. 2 Nr. 2 und Anf.Ges. §§ 3 Nr. 2, 11 Abs. 2 Nr. 2 stützen sich nach der herrschenden, auch in den Motiven zur KO. vertretenen Ansicht auf die gesetzliche Vermutung der betrügerischen Absicht des Schuldners und der Kenntnis dieser Absicht auf Seite des Anfechtungsbeklagten; daher ists ihre Deliktsnatur und folglich der Gerichtsstand des § 32 anzunehmen. Anders steht es wieder mit den Klagen aus KO. § 25 und Anf.Ges. § 3 Nr. 3, 4; diese stützen sich nicht auf deliktischen Thatbestand und gehören daher nicht zum Gerichtsstande des § 32. Mit der Annahme, daß die Anfechtung sich auf ein Quasidelikt stütze [Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. S. 513], ist gar nichts gesagt (s. o. litt b). [Mit der vorgetragenen Ansicht stimmen Wilm. Levy (6) N. 2, Struckm. Koch (6) N. 1, Petersen (3) I S. 76 vollständig,

Digitized by Google

Gaupp I S. 76 und Wach I § 38 N. 89 mit dem Abmaße überein, daß sie auch für die Klage aus KO. § 23 den Gerichtsstand des § 32 annehmen.]

e) Ob der Gerichtsstand des § 32 für Klagen wegen außerehelicher Schwängerung begründet ist, ist davon abhängig, ob nach Civilrecht die außereheliche Schwängerung als Delikt in Betracht kommt. Vgl. über das gem. Recht Windscheid Pand. II § 475 N. 18.

f) In dem Gerichtsstande des § 32 kann ein eventueller Klagegrund, der keine unerlaubte Handlung ist, nicht vorgebracht werden [RG. verein. CS. 9. Febr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 101 S. 385. Abw. Petersen (3) I S. 77].

2. Wo die unerlaubte Handlung begangen ist, ist nach den gleichen Grundsätzen wie im Strafprozesse zu beurteilen. Die durch eine Zeitungsnotiz bewirkte Täuschung ist vollzogen, wo der Getäuschte die Zeitung gelesen hat [RG. 13. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 113 S. 418]. Trat der Erfolg des Delikts in einem anderen Gerichtsbezirke ein als da, wo die Handlung vollzogen wurde, so entscheidet der Ort der Handlung. Über den Begriff der Handlung s. RG. 26. April 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1200. Wurden die Handlungen, aus denen sich die unerlaubte Handlung zusammensetzt, in mehreren Bezirken vollzogen, so entscheidet das nächst höhere Gericht über die Zuständigkeit (§ 36 Nr. 2). Ebenso, wenn das Delikt auf der Grenze zweier Gerichtsbezirke begangen wurde.

Der Gerichtsstand des § 32 ist für eine Klage wegen rechtswidriger Verhaftung da begründet, wo die Verhaftung vollzogen, nicht da, wo der Verhaftungsbefehl ausgestellt wurde [RG. 15. April 1881 Entsch. IV Nr. 105 S. 380]. Über den Ort der Patentverletzung vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 117 S. 424, XXVI Nr. 101 S. 385. Gegen Anstifter ist der Gerichtsstand des § 32 am Orte der That, nicht der Anstiftung, begründet [OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 786].

§ 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage, wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

Mot. S. 62, 63. KPr. S. 12, 506.

1. Litteratur: Savigny Syst. VI S. 330 ff., Sartorius die Lehre von der Widerklage, Planck Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten S. 67—94, Bayer Vortr. S. 213 ff., 638 ff., Renaud Lehrb. §§ 38, 61, 202, Wetzell Syst. S. 507 ff. Über die Widerklage nach der CPrO.: R. Löning die Widerklage im Reichscivilprozeß Ztschr. f. d. CPr. IV S. 1—190 (auch als Separatabdruck erschienen), Schmidt Ztschr. f. d. CPr. IV S. 375, Kleinfeller Gerichtsstand der Widerkl. in seiner gesch. Entw. und Geltung nach der RCPr. (1882), Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff. und LXXI S. 331 ff., Kroll Klage und Einrede S. 281 ff., Wach I § 40 f., Planck I § 19, Hellmann Lehrb. S. 441 ff.

2. Widerklage ist die im Laufe eines Rechtsstreits vom Beklagten gegen den Kläger bei demselben Gerichte und in demselben Verfahren erhobene Klage. Es giebt im deutschen CPr. nur eine Art von WKl. Die Präjudizialwiderklage des § 253 hat keine Besonderheiten. Die Behauptung der Mot. S. 63, daß die Zulassung der WKl. nach § 253 eine

Digitized by Google

Erweiterung der Zulässigkeit über die Regel des § 33 hinaus enthalte, ist unhaltbar [vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 401, Handb. I S. 488, Löning a. a. O. S. 17].

Die Widerklage ist ebenso Klage, wie die sonstige Klage, sie hat dieselben Wirkungen wie diese. [Irrige Ansichten über den Charakter der WKl. bei Hellmann Komm. I S. 144 und Lehrb. S. 441 f.: die WKl. soll „Angriffsmittel" sein, aber nicht den Charakter der Klage haben; Osterloh Zeitschr. f. d. CPr. III S. 66 ff.: die WKl. sei als Einrede nicht als Klage zu behandeln. Dagegen Löning a. a. O. S. 29 N. 25. Irriges auch bei Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff.]

Darüber, ob gegen Exterritoriale WKl. bei einem inländischen Gericht erhoben werden kann, s. Kleiner I S. 218, Gaupp I S. 81 f., Petersen (3) I S. 79, Struckm. Koch N. 2 zu GVG. § 20, Wilm. Levy N. 2 zu GVG. § 18, Löning a. a. O. S. 71 f., Kleinfeller a. a. O. S. 86 f. Es kommt darauf an, ob in der Klagerhebung ein Verzicht auf die Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit liegt, was zu verneinen sein dürfte. Ob gegen Landesherren und die Mitglieder ihrer Familie eine Widerklage möglich ist, bemißt sich nach dem Landesrecht (EG. § 5). Ist für die Klagen gegen sie ein ausschließlicher Gerichtsstand bestimmt, so ist WKl. bei einem anderen Gericht unzulässig. [Vgl. Löning a. a. O. S. 72.]

3. Die Voraussetzungen der Widerklage sind: a) Rechtshängigkeit der Vorklage. Die Rechtshängigkeit beginnt mit der Klagerhebung (§ 230). Auch die den Vorschriften des § 232 nicht entsprechende Klagerhebung bewirkt formale Rechtshängigkeit, ebenso die Erhebung einer Klage, die um deswillen nicht zu einem Urteile über die Sache selbst führt, weil eine sog. prozeßhindernde Einrede (§ 247) begründet ist. Daher kann eine WKl. gegenüber einer solchen Klage erhoben werden; aber die WKl. teilt das Schicksal der Vorklage insofern, als mit der ohne Urteil in der Sache selbst erfolgenden Abweisung der Vorklage (absolutio ab instantia) wegen eines Mangels in den Prozeßvoraussetzungen ein Erfordernis für die Möglichkeit der WKl., nämlich die Rechtshängigkeit der Vorklage, nachträglich wegfällt und zwar mit rückwirkender Kraft, so daß jetzt auch in Bezug auf die WKl. kein Urteil zur Sache selbst, sondern die absolutio ab instantia auszusprechen ist. [Vgl. Löning a. a. O. S. 36 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 362, Kleinfeller a. a. O. S. 49, Struckm. Koch N. 1, Wach I S. 476 f. AM. Hellmann Lehrb. S. 446, Kohler Proz. a. RV. S. 109.] Die Rechtshängigkeit muß zu der Zeit, in der die WKl. erhoben wird, noch fortdauern. Die Rechtshängigkeit endigt durch Zurücknahme der Klage, rechtskräftigen Vergleich oder Endurteil. Da die Zurücknahme der Klage die Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist (§ 243 Abs. 3), so hört nicht bloß mit der Zurücknahme der Vorklage die Möglichkeit, eine WKl. zu erheben auf, sondern die Zurücknahme der Vorklage entzieht auch der WKl. den Gerichtsstand, weil die Rechtshängigkeit mit zurückwirkender Kraft beseitigt wird [RG. 29. Nov. 1888 Entsch. XXII Nr. 86 S. 420]. Wird die Vorklage nach Erhebung der WKl. mit Einwilligung des Beklagten und Widerklägers zurückgenommen, so kann vereinbart werden, daß der Gerichtsstand der WKl. durch die Zurücknahme der Vorklage nicht berührt werde; das ist ein vorbehaltlich des § 40 Abs. 2 zulässiger Prorogationsvertrag. Auch kann für die WKl. unabhängig von § 33 bei dem Gerichte ein Gerichtsstand begründet sein; dann ist ebenfalls über die WKl. sachlich zu entscheiden. [Vgl. Wach I S. 478, Gaupp I S. 491. Abweichend einerseits Löning a. a. O. S. 41 N. 35 u. Struckm. Koch N. 3 — die Zurücknahme der Kl. soll ohne Einfluß auf die WKl. sein; andererseits v. Sarwey § 243 N. 4 u. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 362 — die Zurücknahme der Kl. soll die WKl. stets beseitigen.] Die Beendigung der Rechtshängigkeit der Vorklage durch ein Urteil zur Sache oder durch Vergleich berührt die er-

Digitized by Google

hobene WKl. nicht, weil diese Beendigung die frühere Rechtshängigkeit der Vorklage nicht verneint.

b) Da die WKl. nur in einer mündlichen Verhandlung erhoben werden kann (§ 254) und die Erhebung einer WKl. in zweiter Instanz durch § 491 ausgeschlossen ist, so ist WKl. nur möglich, solange eine mündliche Verhandlung in erster Instanz stattfindet.

c) Nur der Beklagte der Vorklage kann WKl. erheben und nur gegen den Kläger kann WKl. erhoben werden. Der nach § 72 in den Prozeß eingetretene auctor nominatus ist Beklagter geworden, kann also WKl. erheben. Bei Streitgenossenschaft kann jeder der passiven Streitgenossen für sich gegen jeden der aktiven Streitgenossen WKl. erheben. Ein Nebenintervenient kann niemals, auch nicht wenn ihm nach § 66 die Stellung eines Streitgenossen zukommt, Widerkläger oder Widerbeklagter sein; denn auch im Falle des § 66 ist er nur zur Unterstützung der Hauptpartei berufen und nicht selbst Hauptpartei; vgl. § 66 Bem. Nr. 2. [So auch Löning a. a. O. S. 78, Schultze Ztschr. f. d. CPr. II S. 88 ff., 95 ff., v. Amelungen notw. Streitgenossenschaft S. 76 ff.] Versucht ein Nebenintervenient, eine WKl. zu erheben, so hat das Gericht und zwar von Amtswegen die WKl. durch eine die absolutio ab instantia aussprechendes Urteil als unzulässig zurückzuweisen. Ebenso, wenn eine WKl. gegen einen Nebenintervenienten erhoben würde.

d) Der Prozeß muß die Erhebung einer WKl. vertragen. Im Urkunden- und Wechselprozeß ist die Erhebung einer WKl. durch §§ 558 Abs. 1, 559 ff. schlechthin für unzulässig erklärt; ebenso im Entmündigungsverfahren durch §§ 608, 620, 624, 626. In Ehesachen ist die WKl. nur mit Beschränkungen zugelassen (§§ 575 Abs. 2, 587 Abs. 2). Solange das Mahnverfahren nicht zu einer mündlichen Verhandlung führt, ist keine WKl. möglich. Das Arrestverfahren würde zwar dann, wenn es zu mündlicher Verhandlung führt, prozessualisch eine WKl. vertragen; aber im Arrestprozesse ist keine Vorklage rechtshängig, es kann daher die für die WKl. geforderte Konnexität mit der Vorklage (s. u. litt. e) niemals gegeben sein. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 79, Weismann Hauptintervention S. 164 N. 10, Wach I S. 484. AM. Löning a. a. O. S. 34, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 40 N. 3.] Was von dem Arrestprozesse gilt, gilt auch von dem eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren. Wurde in einem Prozesse, der die Erhebung einer WKl. überhaupt oder doch der konkreten WKl. nicht verträgt, eine Widerklage gleichwohl erhoben, so hat das Gericht und zwar von Amtswegen bezüglich der unzulässigen WKl. die absolutio ab instantia durch Urteil auszusprechen.

e) Zusammenhang des in der WKl. geltend gemachten Anspruchs mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln. In den Entwürfen war rechtlicher Zusammenhang gesagt; des Zusammenhangs mit den Verteidigungsmitteln geschah nicht Erwähnung. Die beiden Änderungen wurden in der JK. d. RT. beschlossen. Der Antragsteller (Dr. Bähr) bemerkte, daß sein Antrag dem Entwurf entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke (KPr. S. 12). In der That kann Zusammenhang nichts anderes bedeuten, als rechtlicher Zusammenhang (Konnexität) [vgl. RG. 15. März 1884 Entsch. XI Nr. 113 S. 423]. Rechtlicher Zusammenhang zwischen zwei Ansprüchen ist vorhanden, wenn sie aus demselben Rechtsverhältnisse oder Rechtsgeschäfte entspringen oder wenn der eine der Ansprüche in einem Präjudizialverhältnisse zu dem anderen steht. [Ähnlich Wach I S. 482. Bezüglich der in dem Präjudizialverhältnisse bestehenden Konnexität vgl. a. Löning a. a. O. S. 94, RG. 18. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 91 S. 398 und bay. ob. LG. in Bl. f. RA. LI S. 203.] Bei Zusammenhang mit den Verteidigungsmitteln ist zumeist auch Zusammenhang mit dem in der

Digitized by Google

Klage geltend gemachten Anspruche vorhanden. Mit der Verteidigung, die die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen oder deren Schlüssigkeit bestreitet, ist kein Zusammenhang eines Gegenanspruchs denkbar, der nicht schon in Zusammenhang mit dem Klaganspruch stände. Auch mit einer der klägerischen Behauptung entgegengesetzten neuen Thatsache kann kein Zusammenhang bestehen, ohne daß sie bereits mit der Vorklage zusammen hinge [AM. Löning S. 96]. Wohl aber ist dann, wenn der Beklagte ein neues Rechtsverhältnis verteidigungsweise geltend gemacht hat, ein Zusammenhang des Widerklaganspruchs und mit den Verteidigungsmitteln möglich, und zwar entweder so, daß der Widerklaganspruch und das Verteidigungsmittel im Präjudizialverhältnis stehen, oder so, daß beide aus demselben Rechtsverhältnisse oder Rechtsgeschäfte entspringen. Dies ist insbesondere bei der Verteidigung mit Aufrechnung (compensatio) möglich [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 151] und zwar auch dann, wenn der Kläger diese Verteidigung durch Aufrechnung vorne weggenommen hatte [RG. 11. April 1893 SA. XLIX Nr. 51]. Die Verteidigung muß nach Prozeßrecht und nach dem materiellen Rechte zulässig sein, so daß das Gericht in die Lage kommt, darüber zu entscheiden, ob sie sachlich begründet ist; daher ist Widerklage nicht zulässig, wenn sie mit einer nach § 252 zurückgewiesenen oder nach § 319 ausgeschlossenen Verteidigung zusammenhängt; ebenso, wenn die Aufrechnung wegen der Ungleichheit der Leistung oder wegen der Eigenart der Klageforderung (actio depositi etc.) unstatthaft ist. [So auch Wilm. Levy N. 1 S. 70, Petersen (3) I S. 85, Kleinfeller a. a. O. S. 51, Meyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 456, Planck I § 19 N. 25. AM. teilweise Gaupp I S. 80 N. 18, Löning a. a. O. S. 95, Wach I S. 483, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVII S. 252 ff., SA. XLVIII Nr. 63.]

Entgegen der vorgetragenen Ansicht, daß Konnexität des Gegenanspruchs mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den Verteidigungsmitteln Voraussetzung nicht bloß des besonderen Gerichtsstandes, sondern auch der prozessualischen Zulässigkeit der WKl. sei, hat Löning a. a. O. §§ 17, 18 die Ansicht verfochten, daß Konnexität nur für das Entstehen eines besonderen Gerichtsstandes gefordert werde; wenn das Gericht der Vorklage nach allgemeinen Grundsätzen für den Widerklaganspruch zuständig sei, so sei die WKl. zulässig auch ohne Konnexität. Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des § 33 für L.s Ansicht spricht. Andererseits ist aber aus der Geschichte des § 32 (vgl. nürnb. Entw. § 13, nürnb. KPr. S. 27 ff., hann. Entw. § 23, hann. Pr. S. 505—513, 4818 ff., nordd. Entw. §§ 65, 207. 298, nordd. Prot. S. 57, 211, 220, 558 f., 2341) zu ersehen, daß es in der Absicht der Gesetzgeber lag, gelegentlich der Regelung des Gerichtsstandes der WKl. auch die Zulässigkeitsfrage zu entscheiden. Die Motive des Entwurfs III S. 62, 63 erwägen, daß gegenwärtig kein Bedürfnis bestehe, die Geltendmachung verschiedener nicht zusammenhängender Ansprüche im Wege der Klage und WKl. zu begünstigen, indem eine solche Verbindung in einem auf Mündlichkeit beruhenden Verfahren nur zu leicht eine bedenkliche Verwirrung herbeiführen könne, und erklären es für gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der WKl. von der Konnexität mit der Klage abhängig mache. Die nach dem hann. Entw. zustande gekommenen Prozeßgesetze (z. B. Bayern Art. 31 cf. Schmitt. bay. CPr. II S. 697 f., Württ. Art. 49) stehen ebenfalls auf dem hier vertretenen Standpunkte. Es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz über die neueren Gesetze hinweg zu dem früheren gemeinen Rechte zurückschreiten wollte. Abs. 2 des § 33 bezieht sich allerdings nur auf den Gerichtsstand, nicht auf die Frage der Zulässigkeit der WKl., vgl. diese Bem. litt. g a. E. [Für Löning: Kohler Proz. a. RV. S. 108. Gegen Löning: Schmidt, Kleinfeller, Lippmann a. a. O., Meyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 456 ff., Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 77 f., Petersen (3) I S. 79, Wach I S. 281 und § 40 N. 20, RG. 15. März 1884 Entsch. XI Nr. 113 S. 423, OLG. Celle SA. XXXXII Nr. 337,

Digitized by Google

OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 338.] Wurde eine Widerklage erhoben, der es am Zusammenhange mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den Verteidigungsmitteln gebricht, so ist die Widerklage jedenfalls dann als unzulässig (durch absolutio ab instantia) zurückzuweisen, wenn der Widerbeklagte das Fehlen des Zusammenhangs rügt. Zweifelhaft, ob das Gericht die Widerklage, auf die sich der Beklagte eingelassen hat, ohne den Mangel des Zusammenhangs zu rügen, von Amtswegen zurückzuweisen hat. Ein Gerichtsstand für die Widerklage kann in diesem Falle aus § 39 entstanden sein. Aber damit ist die Frage noch nicht entschieden; denn der rechtliche Zusammenhang ist nicht bloß Erfordernis des Gerichtsstandes, sondern auch der Zulässigkeit der WKl. Gemeinsame Entscheidung und Verhandlung über Klage und nicht konnexe WKl. wäre allerdings unzweckmäßig, ist aber dadurch zu vermeiden, daß Verhandlung in getrennten Prozessen angeordnet wird (§ 136 Abs. 2). Da hiermit dem öffentlichen Interesse an der Verhütung der zwecklosen und verwirrenden gemeinsamen Verhandlung über eine nicht konnexe Widerklage Genüge geschehen kann, so dürfte man sich dahin zu entscheiden haben, daß die nicht konnexe Widerklage nicht von Amtswegen zurückzuweisen ist. [So auch Wilm Levy Nr. 1, bay. ob. LG. SA. XL Nr. 150, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 334 u. SA. XLV Nr. 45. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 81, Wach I S. 479.] Vgl. a. Bem. 3 litt. c zu §§ 56, 57.

Über Geltendmachung von Ansprüchen aus dem internationalen Frachtvertrage s. Art. 28 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 (RGBl. 1892 S. 793).

f) Das Gericht der Vorklage muß für die WKl. sachlich zuständig sein. Gehört die Widerklage als Klage vor ein Gericht derselben Ordnung, zu der das Gericht der Vorklage gehört, so ist alles glatt. Wird bei einem Landgericht eine Klage erhoben, die als Klage vor das Amtsgericht gehört, so ist, da die Zuständigkeit des Landgerichts die höhere ist, das Landgericht auch für die WKl. zuständig. Wird bei einem Amtsgericht eine WKl. erhoben, die als Klage vor das Landgericht gehört, so kann die Zuständigkeit des Amtsgerichts nachträglich dadurch begründet werden, daß der Widerbeklagte sich, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, auf die WKl. einläßt (§ 39), vorbehaltlich der Schranke des § 40 Abs. 2. Erfolgt keine Prorogation, so ist die WKl. durch absolutio ab instantia abzuweisen. Im Falle der absolutio ab inst. kann nach § 467 zugleich die Verweisung des ganzen, die Klage und die WKl. betreffenden Rechtsstreits an das Landgericht ausgesprochen werden, wenn dies rechtzeitig beantragt wird (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 467), und in diesem Falle ist durch den Verweisungsantrag der Mangel der Zuständigkeit für die WKl. gehoben. Wird vor der Kammer für Handelssachen eine als Klage nicht vor diese Kammer gehörige WKl. erhoben, so ist der ganze Rechtsstreit auf den vor der Verhandlung zur Sache zu stellenden Antrag des Widerbeklagten an die Civilkammer zu verweisen (GVG. §§ 105 Abs. 1, 106). Stellt der Widerbeklagte keinen Verweisungsantrag, so ist die Kammer für Handelssachen, so lange eine Verhandlung zur Hauptsache nicht erfolgt und ein Gerichtsbeschluß darauf nicht verkündet ist, befugt, den Rechtsstreit von Amtswegen an die Civilkammer zu verweisen; die Verweisung von Amtswegen darf jedoch nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist (GVG. § 105 Abs. 2). Die Civilkammer, an die der Rechtsstreit verwiesen ist, entscheidet über die Klage und WKl. Wird gegenüber einer vor der Civilkammer anhängigen Vorklage eine WKl. erhoben, die als Klage vor die K. f. HS. gehörte, so ist die Civilkammer als die mit der allgemeinen Kompetenz ausgestattete Kammer auch für die WKl. zuständig.

g) Voraussetzung, nicht für die Zulässigkeit der WKl., wohl aber für die Entstehung

Digitized by Google

eines besonderen, nicht schon für die WKl. als Kl. vorhandenen Gerichtsstandes ist die Zulässigkeit der Vereinbarung über den Gerichtsstand. Da diese unzulässig ist, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist (vgl. § 40 Abs. 2), so ist der Gerichtsstand der WKl. nicht gegeben, wenn sie einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch betrifft oder wenn für die WKl. als Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand (s. Bem. Nr. 4 zu § 12) begründet wäre. Klagen dieser Art können also nur dann als WKl.n angebracht werden, wenn bei dem Gericht der Vorklage an und für sich schon die örtliche Zuständigkeit für die WKl. als Klage begründet wäre.

5. Unter den für die WKl. geltenden Voraussetzungen ist auch eine WKl. gegen WKl. (reconventio reconventionis) zulässig. Nach dem früheren gem. Prozeßrecht wurde das Gegenteil behauptet, aber der Fall ausgenommen, daß die zweite WKl. mit der ersten konnex ist [Wetzell S. 846, Renaud S. 146]. Da nach der CPrO. Konnexität der zweiten WKl. mit dem Anspruch oder den Verteidigungsmitteln der ersten erforderlich ist, so stimmt die obige Meinung mit dem früheren Rechte überein. Eine Stütze erhält sie durch § 253, wonach zweifellos dem Widerbeklagten das Recht zusteht, eine Präjudizialwiderklage gegen den Widerkläger zu erheben, wenn in dem Prozesse ein Präjudizialpunkt der WKl. streitig geworden ist. Was für die Präjudizialwiderklage des § 253 gilt, muß wohl auch für andere WKl.n gelten, zumal die Trennung der WKl. auf Feststellung von der WKl. auf Verurteilung unter Umständen recht unzweckmäßig wäre. [Vgl. Petersen (3) I S. 81, Förster N. 6, Wach I S. 486, Löning a. a. O. S. 79 ff. AM. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 79, Hellmann Lehrb. S. 452, Kleinfeller a. a. O. S. 82 u. A.]

5. Die WKl. wird nach § 254 in der mündlichen Verhandlung durch Stellung und Begründung des (in landgerichtlichen Sachen zu verlesenden) Antrags erhoben. Die Mitteilung der WKl. in einem Schriftsatze ist nicht Erhebung. Der Schriftsatz hat nur vorbereitenden Charakter. Daraus folgt, daß eine WKl. in Abwesenheit des Klägers nicht erhoben werden kann, auch nicht, wenn sie ihm durch vorbereitenden Schriftsatz angekündigt war; denn die die Klagerhebung enthaltende Erklärung muß wie jede eine Instanz eröffnende Erklärung an den Gegner gerichtet werden, und das ist unmöglich, wenn der Kläger nicht erschienen ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 1 zu § 254, Gaupp I S. 82, Endemann II S. 149 N. 7, Löning S. 131 f., Wach Vortr. S. 41 f. u. Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VII S. 137 Note, Planck I § 19 N. 17. AM. die Motive S. 132, Struckm. Koch N. 6 zu § 296, Petersen (3) I S. 81 f., Hellmann Lehrb. S. 449 u. 636, Fitting Lehrb. (7) S. 517, Scheyer Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 808, H. Meyer Ztschr. f. D. CPr. IX S. 341, Deybeck eod. XIII S. 324 ff., RG. 9. Juli 1891 Entsch. XXVIII Nr. 97 S. 407 ff.] Eine dem Kläger nur in einem vorbereitenden Schriftsatz angekündigte WKl. kann nicht in Abwesenheit des Widerklägers abgewiesen werden; sie ist noch nicht erhoben. Wohl aber ist bezüglich der in einem früheren Termine erhobenen WKl. Versäumnisurteil gegen den Widerkläger und den Widerbeklagten möglich. Näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 312. — Auf die mündliche Verhandlung über die WKl., dgl. auf die Vorbereitung dieser Verhandlung finden die allgemeinen Regeln (§§ 119 ff.) Anwendung; auch die über prozeßhindernde Einreden (s. Bem. Nr. 13 zu § 247 und Bem. Nr. 5 zu § 248).

Die Erhebung der Widerklage kann ebensowenig von einer Bedingung abhängig gemacht werden, wie die Erhebung der Klage (vgl. Bem. Nr. 2 V zu § 230). In der WKl. liegt der Antrag auf Entscheidung eines zweiten Prozesses; es geht nicht an, diese Entscheidung nur für einen bestimmten Fall (etwa für den Fall, daß der Kläger im Prozesse über die Vorklage siege, oder für den Fall, daß der Kläger in diesem Prozesse unterliege)

Digitized by Google

zu verlangen, für den anderen nicht. Giebt der Beklagte eine derartige Erklärung ab, so ist er zunächst vom Vorsitzenden auf die Unzulässigkeit aufmerksam zu machen (§ 130); sollte der Beklagte auf seiner Erklärung beharren und eine Entscheidung verlangen, so wäre die sog. bedingte WKl. ebenso wie eine Klage mit nicht genügend bestimmtem Antrage zu behandeln, also ohne Urteil zur Sache zurückzuweisen. Rügt der Beklagte einen Mangel in den Prozeßvoraussetzungen, so kann er erklären, daß seine WKl. nur für den Fall gelten solle, daß das Gericht die Klage nicht wegen eines solchen Mangels zurückweise; denn von dem Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen für die Klage ist die WKl. ohnehin abhängig (s. v. Bem. Nr. 3 litt. a), es ist also nur eine Bedingung ausgesprochen, die sich von selbst versteht. [Vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 133, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 144 f., Lämmert Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 441 ff., Petersen eod. S. 517 ff.]

6. Die Verhandlung und die Entscheidung über die WKl. wird regelmäßig mit der Verhandlung und Entscheidung über die Vorklage verbunden (processus simultaneus). Über Verweisung zu getrenntem Prozesse s. § 136; über gesonderte Entscheidung s. § 273.

§ 34.

Für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.

Mot. S. 63, 64. KPr. S. 12, 508.

1. Litteratur: Hellmann Bl. f. RA. XLIII S. 225 ff., 241 ff., 261 ff. — § 34 enthält ein fakultatives forum connexitatis. Ein Gerichtsstand des Zusammenhangs ist außerdem vorgesehen für die Hauptintervention (§ 61) und für die Widerspruchsklagen gegen die Zwangsvollstreckung (§§ 686, 690).

2. Der Gerichtsstand des § 34 besteht für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten (§§ 72 ff.), gleichviel ob Anwälte oder nicht, der Beistände (§ 86), der Zustellungsbevollmächtigten (§§ 160 f.) und Gerichtsvollzieher gegen die Parteien, in deren Auftrag sie gehandelt haben, nicht für Klagen der Parteien gegen diese Personen. Gegen den Gegner seines Mandanten hat nur der im Armenrechte zugeteilte Anwalt und Gerichtsvollzieher einen Anspruch (vgl. § 115); für diesen Anspruch ist der Gerichtsstand des § 34 nicht gegeben.

Kostenfestsetzung durch das Prozeßgericht ohne Klage können die genannten Personen ihren Mandanten gegenüber nicht bewirken.

3. Der Gerichtsstand des § 34 ist für die bezeichneten Klagen bei dem Gerichte des Hauptprozesses, d. i. bei dem Gerichte begründet, wo der Hauptprozeß in erster Instanz anhängig war [vgl. RG. 28. April 1892 Entsch. XXIX Nr. 111 S. 414]. Ob die Gebühren in der ersten oder in einer höheren Instanz erwachsen sind, macht keinen Unterschied für den Gerichtsstand. Auch für Klagen wegen der im Wiederaufnahmeverfahren erwachsenen Gebühren ꝛc. ist das Gericht erster Instanz zuständig, selbst wenn die Wiederaufnahmeklage beim Berufungsgerichte erhoben wurde [Ztschr. f. d. CPr. VI S. 142].

4. § 34 betrifft nicht bloß den Gerichtsstand, sondern enthält für die bezeichneten Klagen, wenn sie in dem Gerichtsstande des Hauptprozesses angebracht werden, auch eine Norm über die sachliche Zuständigkeit. Das Gericht des Hauptprozesses ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig. Daher können Ansprüche über 300 M. vor dem Amtsgerichte, wenn dieses das Gericht des Hauptprozesses ist, Ansprüche von 300 M. und weniger vor dem Landgericht eingeklagt werden. — Die in § 34 bezeichneten Ansprüche können auch vor der Kammer für Handelssachen eingeklagt werden, soweit sie in einem vor

Digitized by Google

der Kammer für Handelssachen geführten Prozesse entstanden sind. Dies folgt aus der allgemeinen Fassung des § 34, sowie aus der Erwägung, daß der Gerichtsstand des § 34 zu dem Zwecke eingeführt ist, um die besondere Feststellung der Gebühren ꝛc. durch das Prozeßgericht zu ersparen. Daß die Handelsgerichte des Entwurfs für die in § 34 bezeichneten Klagen zuständig sein sollten, ist in den Motiven direkt gesagt. — Dem Grundgedanken des Gesetzes dürfte es auch entsprechen, für die Klagen wegen Gebühren ꝛc., die im Konkursverfahren erwachsen sind, die Zuständigkeit des Konkursgerichts anzunehmen.

§ 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

RPr. S. 12, 508.

1. Es können mehrere allgemeine Gerichtsstände (wenn der Beklagte mehrere Wohnsitze hat), es können mehrere besondere Gerichtsstände, es können der allgemeine Gerichtsstand und ein besonderer Gerichtsstand für eine Klage begründet sein.

2. Die Erhebung der Klage bei einem von mehreren zuständigen Gerichten hebt die Zuständigkeit der anderen Gerichte nicht auf, begründet aber die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die bei dem anderen Gerichte erhobene Klage. Sonach entscheidet unter mehreren zuständigen Gerichten die Priorität der Klagerhebung. Die von dem Kläger getroffene Wahl bindet ihn nur diesen Prozeß.

§ 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

1) **wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;**
2) **wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;**
3) **wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;**
4) **wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;**
5) **wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;**
6) **wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.**

Mot. S. 64, 65. RPr. S. 12, 508.

1. Die Vorschriften des § 36 beruhen auf dem Gedanken, daß in den Fällen, wo das zuständige Gericht verhindert oder unbestimmt ist, die Zuständigkeit zum Obergerichte devolviert wird [vgl. Wetzell § 38 S. 463 f.]. Das Obergericht hat aber nach der CPrO. nicht selbst über den Prozeß zu entscheiden, sondern das zuständige Untergericht zu bestimmen.

In den in § 36 Nr. 1—4 angeführten Fällen handelt sich es nur um Bestimmung des Gerichtsstandes, in den Fällen Nr. 5 und 6 aber sowohl um den Gerichtsstand wie auch um die sachliche Zuständigkeit. Der Fall Nr. 1 kann auch in der höheren Instanz eintreten (Mot. S. 55).

Digitized by Google

2. Das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht ist im Falle Nr. 1 das dem verhinderten Gerichte übergeordnete, in allen anderen Fällen das höhere Gericht, dessen Bezirk die Bezirke der verschiedenen in Betracht kommenden Gerichte umfaßt. Wenn diese Gerichte in den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte liegen, so fällt also dem Reichsgerichte die Bestimmung des zuständigen Gerichts zu. Ist jedoch in einem Bundesstaate ein oberstes Landesgericht errichtet (EG. z. GVG. § 8), so hat dieses das zuständige Gericht zu bestimmen, wenn die verschiedenen Gerichte alle in Oberlandesgerichtsbezirken dieses Bundesstaates liegen (EG. z. CPrO. § 9).

Nach welchen Grundsätzen das höhere Gericht das zuständige Gericht bestimmen soll, ist im Gesetze nicht gesagt. Daraus, daß das Rechtsmittelsystem nicht verrückt werden kann, ergiebt sich jedoch, daß im Falle Nr. 1 nur ein anderes Gericht der gleichen Art (kein höheres oder niedereres) und in den Fällen Nr. 2—4 nur eines der mehreren in Frage kommenden Untergerichte bestimmt werden darf. In den Fällen der Nr. 5 und 6 ist das nach Ansicht des höheren Gerichts zuständige Gericht zu bestimmen.

2. Zu Nr. 1: „Das an sich zuständige Gericht", das ist dasjenige, welches nach den Regeln über sachliche und örtliche Zuständigkeit angegangen werden kann; bei Konkurrenz mehrerer solcher Gerichte also dasjenige, welches der Kläger oder Gesuchsteller wählt. Der Kläger ꝛc. ist nicht genötigt, bei Konkurrenz mehrerer Gerichte sich an das nicht verhinderte Gericht zu wenden; er kann auch ein Gesuch nach § 36 stellen. — Die rechtliche Verhinderung kann beruhen auf Ausschließung der Richter vom Richteramte (§ 41) oder auf erfolgreicher Ablehnung wegen Befangenheit (§ 42); thatsächliche Verhinderung z. B. auf Kriegsereignissen (§ 222). Das Gericht muß verhindert sein. Ein Amtsgericht ist verhindert, wenn alle Amtsrichter samt den von der Justizverwaltung bestellten Stellvertretern verhindert sind; ein Kollegialgericht, wenn von den daselbst angestellten Richtern und deren Stellvertretern soviele verhindert sind, daß die zur Besetzung einer Kammer oder eines Senats erforderliche Anzahl nicht übrig bleibt. Vgl. GVG. § 66.

3. Zu Nr. 2: (Mot. S. 64, 65):

„Die Nr. 2 des § 36 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß in Folge eines Streits über die örtlichen Grenzen verschiedener Gerichte ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei, sondern läßt den § 36 allgemein eintreten, sobald die Zuständigkeit des Gerichts mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte zweifelhaft ist. Es fallen mithin unter die Nr. 2 alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B. wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde (§ 19) sowohl vom Gemeindehaus aus, als der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. Durch die Fassung der Nr. 2 wird auch der Fall gedeckt, wenn eine unerlaubte Handlung (§ 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt."

Den Motiven tritt Wach I § 43 S. 492 ff. mit der Behauptung entgegen, daß die angeführten Beispiele nicht unter § 36 Nr. 2 fielen, weil es sich dabei nicht um Ungewißheit der Grenzen der Grenzbezirke handele. Das Gesetz spricht aber von Ungewißheit der Zuständigkeit mit Rücksicht auf die Grenzen, nicht von Ungewißheit der Grenzen. [Vgl. Gaupp I S. 86 N. 8.] Über Anwendung des § 36 Nr. 2 auf anhängige Prozesse bei Zerlegung oder Aufteilung eines Gerichtsbezirks s. Betzinger Zeitschr. f. d. CPr. XVII S. 434.

Vgl. noch § 756 Abs. 1, ferner Bem. 3 zu § 19.

4. Im Falle Nr. 3 kann das höhere Gericht nur dann angegangen werden, wenn ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand für den Rechtsstreit nicht begründet ist. Kann z. B. die Klage gegen mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnhafte Erben an dem

Digitized by Google

Gerichtsstande des Nachlasses erhoben werden, so bedarf es keiner Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht. Hieraus ergiebt sich, daß ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand, ohne an und für sich ausschließlich zu sein, in dem Falle des § 36 Nr. 3 die Benutzung des allgemeinen Gerichtsstandes ausschließen kann. — Anwendung auf die Klage gegen Hauptschuldner und Bürgen s. RG. 12. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 107 S. 367. Über Anwendbarkeit des § 36 Nr. 3 im Mahnverfahren s. Bem. Nr. 3 zu § 628. Im Wechselprozesse ist § 36 Nr. 3 nicht anwendbar (§ 566 Abs. 2).

5. Nr. 4 findet Anwendung, sowohl wenn eine einzelne unbewegliche Sache, wie wenn ein Komplex unbeweglicher Sachen, auf den sich die Klage bezieht, z. B. ein Rittergut, sich durch mehrere Gerichtsbezirke erstreckt. Bezieht sich die Klage auf mehrere nicht zu einer rechtlichen Einheit verbundene Grundstücke, so liegt eine Klagenverbindung vor (§ 232) und § 36 Nr. 4 ist nicht anwendbar [vgl. RG. 14. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 90 S. 394].

6. Nr. 5 betrifft den affirmativen, Nr. 6 den negativen Kompetenzkonflikt unter Gerichten. Ein affirmativer Kompetenzkonflikt liegt vor, wenn mehrere Gerichte in derselben Sache sich rechtskräftig für zuständig, ein negativer, wenn mehrere Gerichte, von denen eines zuständig sein muß, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben. Ob die mehreren Gerichte gleicher Ordnung oder unter- und übergeordnet sind, bleibt sich gleich. Gemeinsame Voraussetzungen des affirmativen wie des negativen Kompetenzkonflikts sind sonach: a) Widersprechende Urteile mehrerer Gerichte über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit. Die bloße Rechtshängigkeit derselben Sache bei mehreren Gerichten begründet noch keinen Kompetenzkonflikt. Die Entscheidung, die die Unzuständigkeit ausspricht, muß ein Endurteil sein. Die Entscheidung, die die Zuständigkeit ausspricht, kann nur ein Zwischenurteil (§ 248) sein; denn sowie in der Sache selbst rechtskräftig entschieden ist, kann darauf die Einrede der abgeurteilten Sache gestützt werden und entfällt daher das Bedürfnis eines Gerichtsstandes [vgl. Wach I S. 497, Planck I S. 85]. b) Formelle Rechtskraft dieser Urteile (§ 645). Solange nicht die Rechtskraft aller Urteile eingetreten ist, besteht die Möglichkeit, den Widerspruch durch Einspruch oder Rechtsmittel zu beseitigen. c) Identität des Rechtsstreits. Darüber s. § 293 Bem. Nr. 5. Es macht keinen Unterschied, ob das betreffende Rechtsverhältnis durch Klage, Widerklage oder Inzidentklage Gegenstand des Rechtsstreits geworden ist.

Haben mehrere Gerichte sich für unzuständig erklärt, so kann immer noch ein anderes Gericht zuständig sein; die Sache kann aber auch so liegen, daß eines der Gerichte, die sich für unzuständig erklärt haben, zuständig sein muß. Nur unter dieser Voraussetzung ist § 36 anwendbar.

Die Vorschriften des § 36 Nr. 5, 6 gelten weder für Kompetenzkonflikte zwischen in- und ausländischen Gerichten, noch für Konflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Vgl. EG. § 15 Nr. 1.

§ 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

Mot. S. 64, 65. KPr. S. 12, 13, 508.

1. Das Gesuch [über den Begriff „Gesuch" s. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 28 ff.] um Bestimmung des zuständigen Gerichts ist an das „höhere Gericht" (s. Bem. Nr. 1 zu § 36) zu richten. Es ist keine Form vorgeschrieben, daher jede der prozessualisch möglichen Formen

Digitized by Google

— Schriftsatz, protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber — zulässig. Daß hier nicht wie an anderen Stellen des Gesetzes (z. B. §§ 44, 98, 109, 225, 351, 371, 448, 532, 800, 814) die Möglichkeit der Abgabe zur Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers ausdrücklich vorgesehen ist, beweist nichts gegen die Zulässigkeit dieser Form. Anwaltszwang besteht für das Gesuch nicht, weil das Gesuch nicht an das Prozeßgericht geht (arg. § 74). [Vgl. Bl. f. RA. XLV S. 97 f. und 228 f. AM. Planck I S. 87.]

Das Gesuch kann in allen Fällen vom Kläger, in den Fällen des § 36 Nr. 1 und 5 auch vom Beklagten gestellt werden.

2. Wegen des Verfahrens, insbesondere auch wegen Zustellung der Entscheidung, s. § 119 Bem. Nr. 6 und § 294 Bem. Nr. 3. Die Anhörung des Gegners oder eines der Gegner unterliegt dem Ermessen des Gerichts (nordd. Prot. S. 69).

3. Gegen Zurückweisung des Gesuchs findet Beschwerde statt (§ 530). Der dem Gesuche stattgebende Beschluß ist unanfechtbar; er unterliegt auch nicht der Beurteilung des Berufungs- oder Revisionsgerichts, wenn gegen das Urteil des auf Grund des Beschlusses angegangenen Gerichts ein Rechtsmittel eingelegt ist, kann daher in der Rechtsmittelinstanz auch nicht aus dem Grunde angefochten werden, daß § 36 nicht anwendbar gewesen sei [RG. 15. Nov. 1884 S.A. XL S. 240]. Wurde das zuständige Gericht gemäß § 36 bestimmt, so ist die Einrede der Unzuständigkeit noch insoweit möglich, als sie darauf gestützt wird, daß die vom höheren Gerichte nicht zu untersuchenden Voraussetzungen der Zuständigkeit fehlen; z. B. darauf, daß der Wohnsitz eines Streitgenossen nicht an dem vom Kläger angegebenen Orte sei oder daß der dingliche Gerichtsstand für die Klage nicht gelte.

4. Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 3). Der Anwalt bekommt Gebühren (GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6).

Dritter Titel.
Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.

Mot. S. 65—68. KPr. S. 13, 20, 21, 508, 509.

Litteratur. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 481 ff., XXXI S. 276 ff., 481 ff., Wach I § 43 Z. III, Planck I § 21, Deybeck d. Gerichtsstand d. Vereinbarung (Erlangen 1888), Adam die civilproz. Zuständigkeitsvereinbarung i. gesch. Entw. (München 1888), Krauß d. Vereinbarung über die Zuständigkeit (München 1888).

1. Die ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erklärte Vereinbarung zweier Personen, daß ein unter ihnen bevorstehender oder bereits anhängiger Rechtsstreit vor einem nach den gesetzlichen Regeln sachlich oder örtlich nicht zuständigen Gericht erster Instanz verhandelt und entschieden werden solle (Prorogationsvertrag), ist innerhalb der durch § 40 gezogenen Schranken zulässig und wirksam. Es bedarf zur Gültigkeit eines solchen Vertrags keiner formalen Willenserklärung und keiner Zustimmung des Gerichts. Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die eine Form oder die Zustimmung des Gerichts forderten, sind durch die CPrO. beseitigt.

Weil keine Form gefordert wird, so kann eine solche Vereinbarung auch in den vorbereitenden Schriftsätzen erklärt werden, wenn der Vertragswille darin zum Ausdruck gelangt [vgl. Wach Arch. f. civ. Pr. LXII S. 391]. Aber darin, daß der Beklagte in den vorbereitenden Schriftsätzen die Zuständigkeit nicht bestreitet oder den auf die Zuständigkeit

Digitized by Google

bezüglichen Behauptungen des Klägers mit Stillschweigen oder Zugeständnis begegnet, kann der Wille, sich über die Zuständigkeit zu vereinbaren, nicht gefunden werden.

Lautet der Prorogationsvertrag auf eine Kammer für Handelssachen, so folgt aus GVG. § 103 Abs. 2, daß die Kammer für Handelssachen trotz der Vereinbarung den Rechtsstreit an die Civilkammer verweisen kann, solange nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und ein Beschluß verkündet ist. Die Verweisung kann aber nicht aus dem Grunde erfolgen, daß der Beklagte nicht Kaufmann ist. Umgekehrt kann die Civilkammer, wenn nach ihrer Ansicht keine Handelssache vorliegt, trotz der Vereinbarung auf die Kammer für Handelssachen die Sache erledigen.

Auch auf ausländische Gerichte kann ein gültiger Prorogationsvertrag geschlossen werden. Ob dazu die Zustimmung des ausländischen Gerichts erforderlich ist, bemißt sich nach dem ausländischen Recht. [Planck I § 21 N. 25 mit dem Urteile des zufolge Prorogationsvertrags zuständig gewordenen ausländischen Gerichts die Vollstreckbarkeit wegen § 661 Nr. 3 versagen. M. E. ohne genügenden Grund. Vgl. Gaupp I S. 91.]

Ein Prorogationsvertrag auf ein besonderes Gericht (GVG. § 14) ist nicht zulässig. Ob in den Sachen, die vor die besonderen Gerichte gehören, Prorogation an ein ordentliches Gericht zulässig ist, bestimmt die Landesgesetzgebung [vgl. Gaupp I S. 91].

2. Der Prorogationsvertrag kann in dem Sinne geschlossen werden, daß alle anderen Gerichte ausgeschlossen sein sollen [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 482, Wach I § 43 bei N. 36. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 293 N. 54, Hellmann Lehrb. S. 127], oder in dem Sinne, daß neben den nach dem Gesetze zuständigen Gerichten noch ein anderes zuständig werden soll. Regelmäßig wird der Vertrag in jenem Sinne gemeint sein; aber eine gesetzliche Präsumtion dafür besteht nicht. [Vgl. Westerburg Beitr. z. Erl. d. DR. XXI S. 591, XXV S. 65, Kohler a. a. O. S. 484, Gaupp I S. 90. AM. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. XI S. 314.] Ein Prorogationsvertrag in jenem Sinne bewirkt, daß jeder der Vertragschließenden dem Versuche des Gegners, die Streitsache bei einem anderen Gericht als dem vereinbarten anhängig zu machen, mit der Einrede der Unzuständigkeit (§ 247 Nr. 1) entgegentreten kann. Auf die Einrede kann verzichtet werden. Sie geht durch die vorbehaltslos bei einem anderen Gerichte erfolgte Einlassung des Beklagten zur Hauptsache verloren (§ 39). Die auf einen Prorogationsvertrag gestützte Einrede der Unzuständigkeit steht auch gegenüber der Erhebung einer Inzidentklage oder Widerklage (§ 253) zu; wird die Unzuständigkeitseinrede entgegengestellt, so ist die Klage oder Widerklage abzuweisen; das Gericht entscheidet über den Präjudizialpunkt in den Gründen, ohne daß diese Entscheidung rechtskräftig wird.

3. Der Abschluß des Prorogationsvertrags muß, wenn bestritten, von dem Behauptenden bewiesen werden. Hat der Kläger in der Klage einen solchen Vertrag behauptet und der Beklagte erscheint nicht zur mündlichen Verhandlung, so gilt die Behauptung des Klägers nach § 296 als zugestanden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 296).

4. Von dem Prorogationsvertrage ist die nach § 39 eintretende Verschiebung der Zuständigkeit getrennt zu halten (s. Bem. Nr. 2 zu § 39). Doch gilt auch für diese, daß sowohl die örtliche wie die sachliche Zuständigkeit eines nach dem Gesetze nicht zuständigen Gerichts, aber nur die Zuständigkeit eines Gerichtes erster Instanz, begründet werden kann und daß das Gericht kein Recht des Widerspruchs hat.

5. Sowohl die durch Prorogationsvertrag wie die nach § 39 begründete Zuständigkeit ist für den Nebenintervenienten maßgebend. Die von einem Streitgenossen ausgehende Prorogation bindet die anderen nicht, soweit nicht nach dem materiellen Recht ein Streitgenosse zur Vertretung der anderen befugt ist. Die durch Vertrag mit der Gesellschaft be-

Digitized by Google

gründete Zuständigkeit ist auch maßgebend für die Klage gegen Gesellschafter und Kommanditisten [OLG. Hamburg SA. XLIX Nr. 107].

§ 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

Mot. S. 65—68. EPr. S. 17, 20, 21, 508, 509.

1. Litteratur: Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 41 ff., LXIV S. 32 N. 20; Wach Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 515 ff. und 593 ff., VII S. 131, Arch. f. c. Pr. LXII S. 373 ff. (vorher als Programm unter dem Titel: „Das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes" erschienen), Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 703 ff.; Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 222 ff., Lehrb. (7) § 16, Ztschr. f. d. CPr. VI S. 253 ff.; Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 245 ff.; Kohler Kr. VJSchr. XXII 391 ff.; Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 178 N. 238; Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 258; Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff. und 247 der RCPrO. (Rostock 1881), Ztschr. f. d. CPr. V S. 124 ff., Arch. f. c. Pr. LXVI S. 22 ff., Ztschr. f. d. CPr. VII S. 473 ff.; v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 59 ff.; Leonhard Giebt es noch Fiktionen ꝛc. und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 403 ff.; Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 7 ff.; Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 463 ff.; v. Canstein Ztschr. f. Pr. u. ö. R. VIII S. 397; Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 268 ff.; Bolgiano Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 594 ff.; H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 339; Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 212 ff.; ferner Struckm. Koch N. vor § 38 und zu § 39; Gaupp I S. 92 ff.; Wilm. Levy N. 1 zu § 39; Petersen (3) I S. 98; A. Förster § 39 N. 2; Wach I S. 500 ff. (gegen W. wieder Birkmeyer Meckl. Ztschr. VI S. 205 ff.); Planck I § 21 u. 23 N. 25; Entsch. d. RG. I S. 438, II S. 408, dazu Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 70 ff., sowie die zu § 38 cit. Monographien.

2. Nach § 39 wird innerhalb der durch § 40 Abs. 2 gezogenen Schranken der Mangel der sachlichen Zuständigkeit wie des Gerichtsstandes bei dem mit der Klage angegangenen Gericht erster Instanz dadurch gehoben, daß der Beklagte, ohne den Mangel zu rügen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Das vom Kläger angegangene unzuständige Gericht erlangt die Zuständigkeit zufolge einer prozessualischen Präklusion. Der Beklagte wird, wenn er bis zu einem bestimmten Stadium der Prozeßentwicklung die Unzuständigkeit nicht gerügt hat, mit der Befugnis, die Unzuständigkeit zu rügen, ausgeschlossen. Der Zeitpunkt, mit dem die Präklusion eintritt, ist das mündliche Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache (Einlassung). Über den Begriff „Verhandeln" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Bloße Antragstellung ist noch kein Verhandeln. Verhandeln „zur Hauptsache" ist Vorbringen einer auf die materialia causae bezüglichen Erklärung; den Gegensatz bildet das Vorbringen irgend welcher prozessualischer Gesuche und Verteidigungsmittel, z. B. Ablehnungsgesuch, Rüge des Mangels der Vollmacht, Beanstandung der Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung oder der Zulässigkeit der Prozeßart, Widerspruch gegen einen Klagänderungsversuch, Vorbringen sog. prozeßhindernder Einreden (§ 247), Rüge des Mangels der in HGB. Art. 190a, 222 vorgeschriebenen Aktienhinterlegung [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 216]. Der von dem Beklagten gestellte Antrag, gegen den nicht erschienenen Kläger Versäumnisurteil nach § 295 zu erlassen, ist zwar Verhandeln zur Hauptsache; aber in der Verhandlung über den Einspruch kann der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit noch vorbringen, weil der Einspruch die Prozeßlage vor dem Antrag auf Versäumnisurteil herstellt (vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 295 und Bem. Nr. 1 zu § 307).

Das Gesetz und die Motive zu den Gesetzentwürfen sprechen von „stillschweigender Vereinbarung" (sc. über die sachliche Zuständigkeit oder den Gerichtsstand), die anzunehmen sei, „wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache

Digitized by Google

nicht als Hindernis der Prorogation erwähnt, so folgt doch aus dem Begriffe einer ausschließlichen Zuständigkeit die Unzulässigkeit der Verschiebung durch die Parteien (vgl. Mot. z. GVG. S. 93).

Vierter Titel.
Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

1. Die Erfordernisse der Befähigung zum Richteramt s. GVG. §§ 2—5, 10, 11, 109—115, 127. War eine Person, der die Befähigung zum Richteramt fehlt, bei der Erlassung der Entscheidung beteiligt, so ist die Berufung, die Revision (§ 513 Nr. 1), die Beschwerde und die Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 1) begründet [AM. Planck I S. 114]. Natürlich kann eine Partei, wenn sie meint, daß einer der als Richter auftretenden Personen die Befähigung zum Richteramt fehle, während des Verfahrens ihre Bedenken vorbringen. Ablehnung im Sinne des § 42 ist dies nicht; das Verfahren der §§ 44 ff. ist darauf nicht anwendbar. [So auch Petersen (3) I S. 100. AM. Struckm. Koch Bem. vor § 41, Wilm. Levy (6) S. 83, Gaupp I S. 97 N. 5, Wach I § 27 N. 5].

2. Nach den Motiven:

„Das Gesetz unterscheidet zwischen Gründen, welche dem Richter die Befugnis entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu rekusieren. Die Gründe der ersten Kategorie sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz die Ausschließung des Richters erheischt; der Richter ist in diesen Fällen von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41). Die Ausschließung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien den Richter abgelehnt hat oder nicht (§ 42); die Ablehnung wegen Ausschließung kraft Gesetzes ist daher an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden (arg. §§ 43, 44 Abs. 4) und ein Urteil, bei welchem ein kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, unterliegt der Anfechtung durch Rechtsmittel § 513 Nr. 2) und durch die Nichtigkeits- (§ 542 Nr. 2). Völlig abweichend ist das Verhältnis der Gründe der letzteren Kategorie: sie geben den Parteien nur das Recht, den Richter „wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen" — ohne indessen dem Richter die Befugnis zu nehmen, von Amtswegen sein Ausscheiden veranlassen zu können (§§ 42, 48); sie sind dem Verzichte der Parteien unterworfen, ihre Geltendmachung ist deshalb auf ein bestimmtes Stadium des Prozesses beschränkt (§§ 43, 44 Abs. 3), auch kann ihretwegen ein Urteil nur angefochten werden, wenn ein erkennender Richter rechtzeitig abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war (§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 3)."

§ 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1) **in Sachen, in welchen er selbst Partei ist, oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;**
2) **in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;**
3) **in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;**
4) **in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer**

Digitized by Google

Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;

6) in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

Mot. S. 70. 71. KPr. S. 13, 509.

1. Über den Begriff „Ausschließung" s. Bem. 2 vor § 41. Liegt ein Ausschließungsgrund vor, so ist es Pflicht des Richters, sich der richterlichen Thätigkeit zu enthalten. Der Partei steht es frei, ohne ein förmliches Ablehnungsgesuch anzubringen, auf das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes aufmerksam zu machen. Alle richterlichen Handlungen, die ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter vorgenommen oder bei denen ein solcher Richter mitgewirkt hat, sind gesetzwidrig und ungültig. Es ist einerlei, ob der Ausschließungsgrund bekannt oder unbekannt, ob er von der Partei geltend gemacht oder nicht geltend gemacht war. Die Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten. Sie ist nicht heilbar nach § 267; aber das Rechtsmittelsystem kann zur Folge haben, daß die Ungültigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann und daß daher die nichtige Entscheidung oder die auf einem nichtigen Prozeßakte beruhende Entscheidung unanfechtbar wird. Auch ergiebt sich aus § 513 Nr. 2 und § 542 Nr. 2, daß ein Ausschließungsgrund, der durch rechtskräftige Entscheidung verworfen ist, nicht wiederholt geltend gemacht werden kann. Einzelnes: a) Die ungültige Handlung liegt in einem Verfahren, das zu einer durch Berufung anfechtbaren Entscheidung führt. Beruht diese Entscheidung (direkt oder indirekt) auf der ungültigen Handlung — z. B. es hat eine Beweiserhebung vor einem ausgeschlossenen Richter stattgefunden, diese Beweiserhebung ist im Urteile verwertet — oder hat ein ausgeschlossener Richter bei der Entscheidung mitgewirkt, so kann die Ungültigkeit im Berufungsverfahren geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht hat die Entscheidung und das betreffende Verfahren als nichtig zu behandeln und kann die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen (§ 501). b) Die ungültige Handlung liegt in einem Verfahren, das zu einer durch Revision anfechtbaren Entscheidung führt. Beruht diese Entscheidung (direkt oder indirekt) auf der ungültigen Handlung (vgl. über das Erfordernis der Kausalität der Gesetzesverletzung die Bem. Nr. 2 zu § 511) oder ist die durch Revision angefochtene Entscheidung wegen Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters selbst nichtig (§ 513 Nr. 2), so ist die Revision begründet und das angefochtene Urteil nebst dem sonstigen von der Ungültigkeit betroffenen Verfahren aufzuheben (§ 527). c) Die Entscheidung, bei der ein kraft des Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, kann nach Eintritt der Rechtskraft durch Nichtigkeitsklage angefochten werden (§ 542 Nr. 2). Wegen der im Verfahren vor der Entscheidung begangenen Ungültigkeit dieser Art giebt es keine Nichtigkeitsklage. d) Führt die ungültige Handlung zu einer durch Beschwerde anfechtbaren Entscheidung oder leidet eine solche Entscheidung selbst wegen Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters an Nichtigkeit, so kann die Ungültigkeit durch Beschwerde geltend gemacht werden. [Für Nichtigkeit der Handlungen eines ausgeschlossenen Richters Struckm. Koch (6) N. 1, Wach I § 27 Nr. 7, Planck I § 30 S. 117, Hellmann Lehrb. S. 182. AM. Wilm. Levy Vorbem. zu Titel 4, Gaupp I S. 97 f., Petersen (3) I S. 102 f.] Über die nach § 47 vorgenommenen Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters vgl. die Bemerkungen zu § 47.

Digitized by Google

2. Zu Nr. 1—6: „In Sachen" ist gleichbedeutend mit „in Prozessen", wobei unte Prozeß jede Art des durch die CPrO. geregelten Verfahrens, also auch das Verfahren zu Sicherung des Beweises, das Entmündigungs-, Mahn-, Zwangsvollstreckungsverfahren ein schließlich des Arrest und einstweilige Verfügung betreffenden Verfahrens, das Aufgebots verfahren sowie die den Gerichten zugewiesene Thätigkeit in Bezug auf ein schiedsrichter liches Verfahren zu verstehen ist.

3. Zu Nr. 1: Der Ausdruck „Partei" ist im weitesten Sinne zu nehmen. E umfaßt nicht bloß den Kläger und den Beklagten, sondern auch den Nebenintervenient (nicht schon den Litisdenunziaten), den Gesuch- oder Antragsteller in dem durch Gesuch veranlaßten Verfahren und im Zwischenstreite mit einem Dritten auch diesen. — Im Ver hältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten steht der Richter, wenn er an dem Ausgang des Verfahrens unmittelbar beteiligt ist, so daß die Entscheidung direkt in seine Rechts verhältnisse eingreift. Solche Beteiligung ist z. B. vorhanden, wenn der Richter zu einer Partei im Verhältnis eines Gesamtschuldners oder Bürgen steht oder wenn der Richter Gesellschafter der unter ihrer Firma klagenden oder verklagten offenen Handelsgesellschaft ist. Kein Ausschließungsgrund ist bloß mittelbare Beteiligung, diese kann Ablehnungsgrund sein. Daher ist kein Ausschließungsgrund z. B. Beteiligung als Aktionär in Prozessen der Aktien gesellschaft oder Mitgliedschaft eines Vereins in Prozessen des Vereins [RG. 28. April 1882 Entsch. VII Nr. 92 S. 312]. Ebensowenig ist der Umstand, daß der Richter der präsumtive Erbe oder der Gläubiger oder Schuldner der Partei ist, ein Ausschließungsgrund (KPr. S. 13, 21). — Im Verhältnis eines Regreßpflichtigen steht der Richter zu einer Partei, wenn er für den Fall eines für die Partei ungünstigen Prozeßausgangs ersatzpflichtig ist.

4. Zu Nr. 2: Ausgeschlossen ist der Richter in Prozessen (vgl. Bem. Nr. 2), in denen seine Ehefrau oder seine frühere Ehefrau Partei in dem in Bem. 3 erörterten Sinne ist. — Der Verlobte ist nicht ausgeschlossen.

5. Zu Nr. 3: Ausgeschlossen ist der Richter in Prozessen (vgl. Bem. Nr. 2), in denen eine der in Nr. 3 genannten Personen Partei in dem in Bem. Nr. 3 erörterten Sinne ist. — Die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft sind nach der sog. Civil komputation zu zählen. Adoptivverwandtschaft steht der natürlichen gleich; sie erstreckt sich aber gemeinrechtlich nicht auf die Seitenlinie. Uneheliche Verwandtschaft steht der ehe lichen nur nach der mütterlichen Seite gleich, es wäre denn Legitimation eingetreten. Der Richter, der zu den zwei Parteien eines Prozesses verwandt ist, ist darum nicht weniger ausgeschlossen.

6. Zu Nr. 4: Ausgeschlossen ist der Richter in dem Prozesse (vgl. Bem. Nr. 2), der eine Angelegenheit betrifft, in der er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei (im Sinne der Bem. Nr. 3) bestellt oder als gesetzlicher Vertreter (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 50) aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Auch wenn der Richter vor Beginn des Pro zesses Bevollmächtigter ꝛc. war, ist er ausgeschlossen [vgl. Wach I § 27 N. 14, Planck I S. 117, Gaupp I S. 99 N. 17]. Kein Ausschließungsgrund ist es, wenn der Richter bei dem Geschäfte, das den Anlaß zum Streite giebt, als Urkundsperson (Notar) oder als Zeuge mitwirkte.

7. Zu Nr. 5: „In Sachen" — vgl. Bem. Nr. 2. Die Vernehmung, nicht schon der Vorschlag, schließt den Richter aus (vgl. KPr. S. 13, 16). Die Vernehmung zur Si cherung des Beweises ist auch für den erst später anhängig werdenden Prozeß Aus schließungsgrund, selbst wenn die Beweisaufnahme nicht benützt wird [vgl. Wach I S. 338, Gaupp I S. 100 N. 18].

8. Zu Nr. 6: a) In dem Verfahren vor dem Berufungs-, Revisions-, Beschwerde-

Digitized by Google

gerichte ist der Richter ausgeschlossen, der in demselben Prozesse (im Sinne der Bem. Nr. 2) bei Erlassung der angefochtenen Entscheidung eines untergeordneten (nicht bloß des nächst untergeordneten) Gerichts als Richter mitgewirkt hat. Wer nur bei der Verkündung, nicht bei der Beschlußfassung mitgewirkt hat, ist nicht ausgeschlossen [RG. 25. Apr. 1890 Entsch. XXVI Nr. 80 S. 384]. Auch die Mitwirkung bei einer Entscheidung, die der angefochtenen Entscheidung vorausgegangen ist, hat die Ausschließung zur Folge, wenn jene Entscheidung der Beurteilung des höheren Gerichts unterliegt (vgl. §§ 473, 512). Nur die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters (auch die entscheidende, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 331) ist ausgenommen. Ein Richter, der bei der angefochtenen Entscheidung der unteren Instanz mitgewirkt hat, ist fähig, ein von der höheren Instanz ausgehendes Ersuchen als ersuchter Richter zu erledigen. Als beauftragter Richter kann er nicht fungieren, da er nicht Mitglied des Kollegiums der höherer Instanz sein kann. Nicht ausgeschlossen sind die Richter der Instanz in einem zweiten in derselben Instanz stattfindenden Verfahren, z. B. bei Zurückverweisung durch das Berufungs- oder Revisionsgericht. Über die Restitutions- und Nichtigkeitsklage kann vor denselben Richtern, die das angefochtene Urteil erlassen haben, verhandelt werden; denn dieses Verfahren ist kein Verfahren in höherer Instanz. Aus demselben Grunde kann ein Richter, der im Urkunden- und Wechselprozesse bei der Vorentscheidung mitgewirkt hat, im Nachverfahren (§ 563) und ein Richter, der im Verfahren wegen Arrestes oder einstweiliger Verfügung mitwirkte, im Hauptprozesse thätig sein. b) In dem Verfahren, das die Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 867) oder die Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 868) betrifft, ist der Richter ausgeschlossen, der bei Erlassung des Schiedsspruchs mitgewirkt hat.

§ 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

Mot. S. 70. 71. KPr. S. 13, 509.

1. Ist der Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen, so darf er richterliche Handlungen nicht vornehmen. Thut er dies dennoch oder befürchtet die Partei, daß er es thun werde, so kann sie den Ausschließungsgrund in Form eines Ablehnungsgesuchs geltend machen. Das eigentliche Gebiet des Ablehnungsgesuchs ist aber die Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit. Die Gründe, die geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen, lassen sich nicht spezialisieren. Es ist allen Umständen des Falls Rechnung zu tragen. Entscheidungen des RG.: a) Daß der Richter in einem anderen Prozesse an einer Entscheidung der gleichen Rechtsfrage teilgenommen hat, ist kein Ablehnungsgrund: 17. Nov. 1880 SA. XXXVI Nr. 39. b) Beteiligung des Richters an dem prozeßführenden Vereine mit Einlagen ꝛc. ist nach Umständen kein Ablehnungsgrund: 28. April 1882 Entsch. VII Nr. 92 S. 313.

2. Ablehnungsgesuche können von jeder Partei, nicht bloß von derjenigen, welche sich gefährdet glaubt, geltend gemacht werden. — Ablehnungsberechtigt ist auch der Nebenintervenient, solange nicht die Hauptpartei nach § 43 mit dem Ablehnungsgesuche aus-

Digitized by Google

geschlossen ist [vgl. Struckm. Koch § 42 N. 2, Gaupp I S. 101 N. 6, Petersen (3) I S. 10 Wach I S. 288, 643, Planck I S. 119. AM. Hellmann Komm. I S. 175 in Verkennung d Stellung des NJ.] — Im Zwischenstreite zwischen den Parteien und einem dritten (§§ 6 97, 126, 352, 367) ist auch der dritte zur Ablehnung berechtigt.

3. Die richterlichen Handlungen, die ein wegen Besorgnis der Befangenheit m Erfolg abgelehnter Richter vor dem Ablehnungsgesuche vorgenommen hat, sind gültig; d nach Anbringung des erfolgreichen Ablehnungsgesuchs vorgenommenen Handlungen sin ebenso ungültig, wie die Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters. Au diese Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten und nicht heilbar. Die in Bem. Nr. zu § 41 entwickelten Sätze finden hierauf entsprechende Anwendung. Wegen Revision vg § 513 Nr. 3, wegen Nichtigkeitsklage § 542 Nr. 3. [Ebenso Wach I § 36 bei N. 8, Plan I S. 180, vgl. a. Hellmann Lehrb. S. 185. AM. die in Bem. Nr. 1 zu § 41 als abweichen cit. Komm.] Über die nach § 47 vorgenommenen Handlungen eines abgelehnten Richter vgl. die Bemerkungen zu § 47. Ist das Ablehnungsgesuch ohne Erfolg, so sind natürlic die Handlungen des betreffenden Richters gültig.

§ 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

Mot. S. 68—71. KPr. S. 43, 109.

1. § 43 bezieht sich nicht auf die Ablehnung wegen eines Ausschließungsgrundes; vgl. Bem. Nr. 2 vor § 41.

2. Auf Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit kann verzichtet werden. Daher kann die Befugnis dazu ausgeschlossen werden. Die Ausschließung tritt ein:

a) In dem Verfahren mit obligatorischer mündlicher Behandlung (s. § 119 und Bem. Nr. 5 dazu) dadurch, daß die im Termine zur mündlichen Verhandlung erschienene Partei oder ihr Vertreter sich in eine Verhandlung eingelassen, d. h. sich auf Anträge [über diesen Begriff s. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff.] des Gegners erklärt oder selbst Anträge gestellt hat, ohne die ihr oder ihrem Vertreter bekannten Thatsachen, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen sollen, durch ein Ablehnungsgesuch geltend zu machen. Die Ausschließung erfolgt nicht nur durch Einlassung in die Verhandlung und Antragstellung zur Hauptsache, sondern auch durch Einlassung in die Verhandlung über prozessualische Anträge (z. B. Editionsanträge) und durch die Stellung von Anträgen, die sich nicht auf die Hauptsache beziehen. Auch schon die Einlassung in die mündliche Verhandlung auf einen vom Gegner gestellten Vertagungsantrag, sowie die Stellung eines Vertagungsantrags genügt zur Ausschließung, weil darin die Unterwerfung unter die Entscheidung über den Antrag gelegen ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 102, Petersen (3) I S. 110, A. Förster § 42 N. 2, Wach I § 27 N. 35. AM. Petersen Ztschr. f. d. CPr. I S. 169 N. 3, Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff., 255 f. u. Lehrb. (7) S. 44 N. 6.]

b) In dem nicht von dem Grundsatze der Mündlichkeit beherrschten Verfahren mit fakultativer mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) dadurch, daß die Partei (oder ihr Vertreter) sich bei dem betreffenden Richter schriftlich oder mündlich über Anträge des Gegners erklärt oder selbst Anträge gestellt hat, ohne den ihr oder ihm bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen. Natürlich muß die Partei oder ihr Vertreter wissen,

Digitized by Google

daß der Richter, in dessen Person der Ablehnungsgrund besteht, in dem betreffenden Verfahren thätig sein wird. Bei ersten Anträgen an ein Kollegialgericht oder an ein mit mehreren Amtsrichtern besetztes Amtsgericht kann die Partei nicht wissen, welcher Richter mit der Sache befaßt sein wird [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 255, Wach I § 27 N. 29].

§ 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

Mot. S. 71. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Die §§ 44—46 regeln das Verfahren für Ablehnungsgesuche aus dem Grunde der Ausschließung und wegen Befangenheit. § 44 Abs. 4 bezieht sich nur auf Ablehnung wegen Befangenheit. Das Verfahren beginnt mit einem Gesuche der Partei, das auch in Anwaltsprozessen ohne Anwalt bei Gericht eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann (§ 74 Abs. 2).

2. Zu Abs. 2: Auf die Glaubhaftmachung sind die allgemeinen Vorschriften des § 266 mit der Abweichung anwendbar, daß der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung gänzlich ausgeschlossen ist, da eine Eidesleistung über das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters nicht gebilligt werden kann (Mot. S. 71).

Daß zur Glaubhaftmachung auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden kann, steht im Zusammenhange mit Abs. 3. Es bedarf keines förmlichen, nach den Vorschriften des 2. Buchs 7. Titels aufgenommenen Zeugnisses; dienstliche Äußerung genügt.

3. Zu Abs. 3: Der Richter hat sich über die thatsächlichen Unterlagen des Ablehnungsgesuchs, nicht aber darüber zu äußern, ob die Thatsachen geeignet sind, Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu begründen.

4. Zu Abs. 4: Die Partei muß glaubhaft machen (§ 266), daß der Ablehnungsgrund erst nach der Einlassung in die letzte Verhandlung oder nach der letzten Antragstellung (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 43) entstanden oder der Partei bekannt geworden ist. Bei dieser Glaubhaftmachung ist der Eid nicht, wie in Abs. 2 ausgeschlossen; daher kann die Partei zur eidlichen Versicherung zugelassen werden (nordd. Prot. VI. S. 2328).

§ 45.

Über das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer

Digitized by Google

Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

Mot. S. 71, 72. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Einer Entscheidung über das Ablehnungsgesuch bedarf es überhaupt nicht, wenn der abgelehnte Richter auf das Gesuch hin im Wege der Geschäftsordnung der Gerichte durch einen anderen ersetzt wird. Das Ablehnungsgesuch gilt auch in diesem Falle als durchgedrungen, was wegen der Ungültigkeit der Handlungen des Abgelehnten bedeutsam ist.

2. Zu Abs. 1: Dieser Abs. behandelt die Ablehnung eines Richters an einem Kollegialgerichte, auch eines zum beauftragten Richter ernannten Mitgliedes. Über das Gesuch entscheidet die Kammer oder der Senat, dem der Abgelehnte angehört, unter Hinzuziehung eines Stellvertreters für den Abgelehnten. Beschlußunfähig ist das Gericht nicht schon, wenn die betreffende Abteilung (Kammer, Senat) durch das Ausscheiden des Abgelehnten beschlußunfähig ist, sondern erst, wenn nicht im Wege der Geschäftsordnung (vgl. GVG. § 66) durch Stellvertreter Beschlußfähigkeit hergestellt werden kann [RG. 19. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 102 S. 413]. Der Fall, daß das Reichsgericht oder das bayerische oberste Landesgericht beschlußunfähig würde, ist nicht vorgesehen.

3. Zu Abs. 2: Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so ist das Amtsgericht beschlußunfähig, auch wenn mehrere Amtsrichter da sind. Es bedarf — immer abgesehen von dem Falle der Bem. Nr. 1 — der Entscheidung des vorgesetzten Gerichts. Diesem hat der Amtsrichter das Gesuch nebst den Akten vorzulegen. Wenn der Amtsrichter das Gesuch für begründet erachtet und sich daher der richterlichen Thätigkeit enthält, so bedarf es keiner Entscheidung über das Ablehnungsgesuch. Ist kein Vertreter da, so wird ein Gesuch nach § 36 Nr. 1 nötig.

4. Über die Entscheidung von Ablehnungsgesuchen durch die Gewerbegerichte s. RG. v. 26. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 26.

§ 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 71, 72. KPr. S. 13, 14, 510, 511.

1. Das Verfahren über das Ablehnungsgesuch gehört zu den Prozeduren, in denen die mündliche Verhandlung fakultativ ist. Darüber vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119.

2. Die Unanfechtbarkeit des dem Gesuche stattgegebenen Beschlusses wird auch noch in der Berufungs- und Revisionsinstanz bedeutsam (§§ 473, 510). Gegen den das Gesuch abweisenden Beschluß steht nur dem Gesuchsteller sofortige Beschwerde (§ 540) zu, nicht dem Gegner; denn dieser hat keine Abweisung erfahren (vgl. § 530). Wegen weiterer Beschwerde vgl. § 531. Ist die Beschwerdefrist abgelaufen oder die Beschwerde rechtskräftig verworfen, so ist die Entscheidung für alle Instanzen bindend (vgl. §§ 473, 510, 513 Nr. 3, 543, Nr. 3).

3. Das Verfahren ist gebührenfrei, wenn das Gesuch nicht mutwillig ist (GKG. § 47 Nr. 4 und Abs. 2). Anwaltsgebühren s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 9. Wird das Gesuch abgewiesen, so ist der Gesuchsteller kostenpflichtig. Andernfalls sind die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig (§ 87) und fallen daher der in die Kosten der Instanz verurteilten Partei zur Last.

Digitized by Google

§ 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

Mot. S. 72. KPr. S. 14, 511.

1. Über Ungültigkeit der Handlungen eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters s. Bem. Nr. 1 zu § 41; über Ungültigkeit der Handlungen eines wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richters s. Bem. Nr. 3 zu § 42. Die dort entwickelten Sätze werden durch den § 47 nicht eingeschränkt. Auch die unaufschieblichen Handlungen, die der wegen eines Ausschließungsgrundes oder wegen Befangenheit abgelehnte Richter gemäß § 47 vorgenommen hat, sind ungültig, wenn das Ablehnungsgesuch durchdringt. Andererseits sind auch aufschiebliche Handlungen, die entgegen dem § 47 vorgenommen sind, gültig, wenn das Ablehnungsgesuch nicht durchdringt. Der vielfach mißverstandene § 47 hat nur die Bedeutung einer Instruktion für den Richter, gegen den ein Ablehnungsgesuch angebracht ist. Diese Instruktion geht dahin, daß der Richter sich richteramtlicher Handlungen enthalten solle, einerlei ob er das Gesuch für begründet hält oder nicht. Damit aber nicht durch frivole Ablehnungsgesuche die richterliche Thätigkeit zum Nachteile des Prozeßgegners lahm gelegt werden könne, ist das instruktionelle Gebot dahin modifiziert, daß der Richter durch das Ablehnungsgesuch als solches sich nicht abhalten lassen soll, unaufschiebliche Handlungen, d. h. solche, bei deren Aufschub der Gegner die Gefahr eines Verlustes läuft, vorzunehmen. Ob diese gültig sind oder nicht, wird dann durch die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch mitentschieden. Es erhellt daraus, daß die ganze Instruktion über das Verhalten des Richters nach Anbringung eines Ablehnungsgesuches sich sowohl auf Ablehnung wegen Ausschließung als auf Ablehnung wegen Befangenheit bezieht, daß also auch der wegen Ausschließung abgelehnte Richter durch das Ablehnungsgesuch als solches sich nicht abhalten lassen soll, unaufschiebliche Handlungen vorzunehmen. [Vgl. Planck I S. 121 f., Struckm. Koch (6) N. zu § 547. AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 107 N. 2, Petersen (3) I S. 113 f., Wach I S. 27 bei N. 30.]

2. Neben dem instruktionellen Gebote, daß der Richter, gegen den ein Ablehnungsgesuch angebracht ist, sich der richteramtlichen Thätigkeit mit Ausnahme unaufschieblicher Handlungen vorläufig enthalten soll, besteht das in § 41 enthaltene, an den ausgeschlossenen Richter gerichtete Verbot, richteramtliche Handlungen vorzunehmen. Wenn sich also ein Richter für ausgeschlossen erachtet, so darf er auch unaufschiebliche Handlungen nicht vornehmen. Dagegen, daß der Richter trotz dem Ablehnungsgesuche richterliche Handlungen vornimmt, ist keine Beschwerde zulässig [RG. 28. Febr. 1891 SA. XLVI Nr. 218].

§ 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

Mot. S. 72, 73. KPr. S. 14, 511.

1. Ein Richter kann, ohne daß ein Ablehnungsgesuch angebracht ist, darüber Bedenken haben, ob nicht in einem gegebenen Falle ein Ausschließungsgrund oder ein Grund zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vorliege. Es ist ihm gestattet, seine Bedenken unter Darlegung der Verhältnisse dem zuständigen Gericht anzuzeigen und dessen

Digitized by Google

Entscheidung einzuholen. Eine Verpflichtung solche Zweifel zur Entscheidung des Gerichts zu bringen, ist im Gesetz nicht aufgestellt (KPr. S. 511). — Es können aus einer sonstigen Veranlassung, namentlich auf Anregung eines anderen Richters, Zweifel über das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes entstehen. In diesem Falle ist ebenso zu verfahren. Eine Entscheidung über Befangenheit kann in dieser Weise nicht veranlaßt werden. — Entscheidung ist stets überflüssig, wenn von kurzer Hand im Wege der inneren Geschäftsordnung (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 45) ein Ersatzmann gestellt wird.

2. Die Entscheidung des zuständigen Gerichts (§ 45) erfolgt im Falle des § 48 ohne mündliche Verhandlung und ohne Gehör der Parteien, weil es sich um ein Internum des Gerichts handelt. Die Entscheidung ist den Parteien nicht zuzustellen, sondern dem Richter im Dienstwege zu eröffnen. Gegen die Entscheidung steht weder dem Richter noch einer Partei Beschwerde zu (arg. § 530). Natürlich können die Parteien nachträglich noch Ablehnungsgesuche stellen, soweit sie nicht nach § 43 ausgeschlossen sind.

3. Zur Vornahme der keinen Aufschub gestatteten Handlungen ist der Richter auch im Falle des § 48 verpflichtet, wenn er sich nicht für ausgeschlossen erachtet (vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 47).

§ 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

Mot. S. 73. KPr. S. 14, 511.

1. Die Ausschließungsgründe sind für den Gerichtsschreiber dieselben wie für den Richter. — Zur Anwendung des § 41 Nr. 6: Der Gerichtsschreiber ist ausgeschlossen, wenn er in einer früheren Instanz als Richter bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, was nicht leicht vorkommen wird.

2. Wer anstatt des ausgeschlossenen oder abgelehnten Gerichtsschreibers einzutreten hat, bestimmt sich nach den Vorschriften über die Organisation der Gerichtsschreiberei. Vgl. § 154 des GVG.

3. Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers in einem Verfahren, worin er kraft Gesetzes ausgeschlossen oder erfolgreich abgelehnt ist, hat dieselbe Folge, wie die Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters bei Prozeßhandlungen, die nicht Entscheidungen sind. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 41 und Bem. Nr. 3 zu § 42. Aber die Mitwirkung des ausgeschlossenen oder erfolgreich abgelehnten Gerichtsschreibers ist kein absoluter Revisionsgrund und kein Nichtigkeitsgrund.

4. Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft haben die Parteien kein Ablehnungsrecht. Wegen Ausschließung der Gerichtsvollzieher haben s. § 156. Ein Gerichtsvollzieher kann nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. [Vgl. Gaupp I S. 110. AM. Wach I S. 347.]

Zweiter Abschnitt.
Parteien.

Erster Titel.
Prozeßfähigkeit.

1. Prozeßfähigkeit ist zu unterscheiden von Parteifähigkeit. Diese ist Voraussetzung jener. Aber wer parteifähig ist, muß nicht prozeßfähig sein. Parteifähigkeit ist

Digitized by Google

die Fähigkeit, Subjekt eines Prozesses zu sein. [Vgl. RG. 20. Juni 1884 Entsch. XII Nr. 118 S. 399, 13. Juli 1893 XXXII Nr. 46 S. 175.] Sie ist die Folge der Fähigkeit, in Privatrechtsverhältnissen Subjekt (Berechtigter, Verpflichteter) zu sein. Ist diese Fähigkeit vorhanden, so ist auch die Parteifähigkeit gegeben. Die Parteifähigkeit ist unabhängig von der Handlungsfähigkeit. Wem die Fähigkeit zukommt, Privatrechtssubjekt zu sein, bemißt nicht nach dem Prozeß-, sondern nach dem materiellen Recht, das also auch über die Parteifähigkeit entscheidet. Maßgebend ist für physische Personen das Recht des Wohnsitzes [vgl. RG. 13. Juli 1893 Entsch. XXXII S. 175] und für Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen ꝛc. das Recht des Orts, wo die Vereinigungen ꝛc. ihren Sitz hat. Folglich kommt ausländischen Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen ꝛc. die Parteifähigkeit auch in Deutschland zu, wenn sie nach dem ausländischen Recht juristische Persönlichkeit und daher Parteifähigkeit haben. [Vgl. Stobbe DPrR. I § 30 S. 215; v. Bar Theorie u. Prax. d. internat. PrR. (2) II S. 303 ff., Gierke DPrR. I S. 220 ff., Behrend Lehrb. d. HR. I S. 446, 451.] Das Deutsche Reich hat in Art. 19 Abs. 5 des Zoll- und Handelsvertrags mit Österreich-Ungarn, RGBl. 1892 S. 3, und in Art. 4 des Handels- und Schiffahrtsvertrags mit Rußland, RGBl. 1894 S. 153, die Parteifähigkeit gewisser Arten ausländischer Gesellschaften ausdrücklich anerkannt. Vgl. a. hinsichtlich Großbrittaniens die Deklaration v. 27. März 1874 in Ztschr. f. d. ges. HR. XX S. 132, hinsichtlich Italiens das Centr.Bl. f. d. DR. I Jahrg. Nr. 3. Es ist möglich, daß die Fähigkeit, Privatrechtssubjekt zu sein, für gewisse Arten von Privatrechten besteht, für andere nicht; dann ist teilweise Parteifähigkeit vorhanden.

Nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte sind die physischen und alle juristischen Personen parteifähig. Soweit Professen geistlicher Orden nicht als Rechtssubjekte in Betracht kommen können, sind sie auch nicht parteifähig. [Vgl. Planck Lehrb. I S. 209, OLG. Frankfurt SA. XLVIII Nr. 167.] Über die Parteifähigkeit eines nasciturus s. RG. 10. Nov. 1892 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 351.

Die juristischen Personen sind als solche parteifähig, ohne daß die Parteifähigkeit besonders verliehen oder gesetzlich anerkannt sein müßte. Reichsgesetzlich anerkannt ist die privatrechtliche juristische Persönlichkeit des Deutschen Reichs durch RG. v. 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände (RGBl. S. 113). [Über Reichsfiskus vgl. Laband d. StR. (2) II § 112.] Ausdrücklich verliehen ist die juristische Persönlichkeit der Reichsbank durch Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 § 12 (RGBl. S. 180). Nach Gew.Ordn. § 140 Abs. 2 (in der Fassung der Bekanntm. v. 1. Juli 1883, RGBl. 177) erhalten neue Kassen der selbständigen Gewerbetreibenden für die in Abs. 1 dieses § erwähnten Zwecke durch die Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde die Rechte juristischer Personen, soweit es zur Erlangung dieser Rechte einer besonderen staatlichen Genehmigung bedarf.

Ferner ist reichsgesetzlich bestimmt:

a) daß die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft einschließlich der Kommanditgesellschaft auf Aktien unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (HGB. Art. 111, 164);

b) daß die Aktiengesellschaft als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (HGB. Art. 213);

c) daß Innungen von Gewerbetreibenden unter ihrem Namen Rechte, insbesondere

Digitized by Google

Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden können (Gew.Ordn. in neuer Fassung § 99, RGBl. 1883 S. 177). Innungsverbänden kann durch Beschluß des Bundesrats die gleiche Fähigkeit verliehen werden (Gew.Ordn. § 104 h, RG. v. 23. April 1886, RGBl. S. 125);

d) daß eingeschriebene Hülfskassen unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden können (RG. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876, RGBl. S. 125);

e) daß Ortskrankenkassen, Betrieb- (Fabrik-) Krankenkassen, Bau-Krankenkassen, ferner daß die nach den Reichsgesetzen über Versicherung gegen Unfälle gebildeten Berufsgenossenschaften sowie die nach Invaliden- und Altersversicherungsgesetz gebildeten Versicherungsanstalten unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen oder verklagt werden können (RG. v. 15. Juni 1883 betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, RGBl. S. 73, § 25; Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884, RGBl. S. 69, § 9 Abs. 4; RG. v. 5. Mai 1886 betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, RGBl. S. 132, § 13 Abs. 4; RG. v. 11. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen, RGBl. S. 287, § 12; RG. v. 13. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der Seeleute ꝛc., RGBl. S. 329, § 16 Abs. 3; RG. v. 22. Juni 1889, betr. die Invaliditäts- und Altersversorgung, RGBl. S. 97, § 44);

f) daß die eingetragene Genossenschaft als solche und daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten hat, daß sie Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann (RG. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBl. S. 55, § 17 Abs. 1; RG. v. 20. Apr. 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. S. 477, § 13).

Ob den ad a bis f aufgeführten Gesellschaften, Genossenschaften, Innungen, Kassen die Eigenschaft juristischer Personen (die Rechtssubjektivität) zukommt, ist eine hier nicht zu erörternde Frage. Kommt ihnen die juristische Persönlichkeit zu, so sind sie parteifähig, anderenfalls nicht. Mit der reichsgesetzlichen Bestimmung, daß die bezeichneten Verbände unter ihrer Firma oder unter ihrem Namen klagen und verklagt werden können, ist ihnen eine von der Rechtssubjektivität unabhängige Parteifähigkeit nicht verliehen. Denn eine Parteifähigkeit ohne Rechtssubjektivität ist ein Unding. Vielmehr ist durch jene Wendung zunächst nur bestimmt, daß bei prozeßrechtlichen Handlungen, insbesondere auch in Entscheidungen, die bezeichneten Verbände als Parteien genannt werden können. Ob hinter dieser Benennung die Gesellschaft und die Genossenschaft als ein von den Gesellschaftern und den Genossen verschiedenes Rechtssubjekt (Partei) steht, oder ob die Gesellschafter und die Genossen trotz der Kollektivbezeichnung Rechtssubjekte des Prozesses (Partei) sind, ist damit, daß die Kollektivbezeichnung als zulässig erklärt ist, nicht entschieden. Ebensowenig ist in der Civilprozeßordnung bestimmt, daß Personenverbände ꝛc., die als solche klagen und verklagt werden können, dadurch eo ipso parteifähig seien. Indem die CPrO. in § 19 verordnet, daß der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, die als solche verklagt werden können, durch den Sitz derselben bestimmt werde, regelt sie erstens den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen, zweitens aber auch den allgemeinen Gerichtsstand von Per-

Digitized by Google

sonen- und Vermögensverbänden, denen etwa nach materiellem Recht juristische Persönlichkeit nicht zukommen sollte, die aber gleichwohl unter einer Kollektivbezeichnung verklagt werden können, ohne über deren Parteifähigkeit irgend etwas zu bestimmen. Ebenso neutral in § 157 Abs. 2 CPrO. gehalten, wo von Zustellungen an Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie an Personenvereine, die als solche klagen und verklagt werden können, die Rede ist.

[Über das Verhältnis von Rechtssubjektivität und Parteifähigkeit vgl. Wach Vortr. S. 58, Handb. I S. 521 ff., Planck I S. 210 ff., Bekker Pand. I § 63, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung (1887) S. 733 ff., Struckm. Koch N. 1 zu § 19, Gaupp I S. 45 und S. 110 ff., Petersen (3) I S. 121 ff.; ferner RG. Entsch. IV Nr. 34 S. 134, Nr. 45 S. 156, VII Nr. 53 S. 164 ff., VIII Nr. 31 S. 123, XII Nr. 58 S. 233, Nr. 118 S. 398 ff., XIII Nr. 82 S. 333, XV Nr. 55 S. 248 ff. Die genannten Schriftsteller stimmen mit der oben vorgetragenen Ansicht im wesentlichen überein. Wach bezeichnet die einer Personenmehrheit ohne eigene Rechtssubjektivität zukommende Fähigkeit unter eigenem Namen zu klagen und verklagt zu werden, als „formelle Parteifähigkeit" im Gegensatz zur „materiellen"; Planck spricht von „Erweiterung" der Parteifähigkeit für den Prozeß. Gegen Wachs Terminologie Gierke a. a. O. S. 733 Nr. 1, dieser allerdings vom Standpunkte seiner Genossenschaftstheorie. Struckm. Koch und Gaupp sind der Ansicht, daß sich aus den cit. Reichsgesetzen die Parteifähigkeit ergebe.]

2. Die Parteifähigkeit muß beim Beginne des Prozesses vorhanden sein [vgl. RG. 28. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1185]. Ob sie vorhanden ist, hat das Gericht von Amtswegen zu prüfen. Der Gegner kann auf den Mangel der Parteifähigkeit hinweisen. Da Prozeßfähigkeit die Parteifähigkeit voraussetzt, so enthält jede Bemängelung der Parteifähigkeit auch eine Bemängelung der Prozeßfähigkeit. Daher sind die Vorschriften der §§ 247, 248 hier ebenso anwendbar, wie bei einer Bemängelung der Prozeßfähigkeit [Vgl. Gaupp I S. 112 N. 8, Wach I S. 519. AM. Wilm. Levy (6) S. 92, Petersen (3) I S. 124, RG. 20. Mai 1884 Entsch. XIII Nr. 82 S. 331, 20 Juni 1884, XII Nr. 118 S. 398, 27. Nov. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 734 ff.]

3. Parteien eines Prozesses sind die Personen, über deren Rechtsverhältnisse, Ansprüche oder Pflichten in dem Prozesse entschieden werden soll. Für und gegen diese Personen treten die spezifischen Wirkungen des Prozesses, d. s. die Wirkungen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft, sowie die eventuelle Berechtigung und Verpflichtung zum Ersatze der Prozeßkosten ein. Diese Personen sind in dem konkreten Prozesse von der Ausübung des Richter-, Gerichtsschreiber- und Gerichtsvollzieheramts ausgeschlossen (§§ 41 Nr. 1, 49, GVG. § 156 Nr. 1); sie können in diesem Prozesse nicht Zeugen sein und als Sachverständige abgelehnt werden (s. Bem. Nr. 1 vor § 338; dann § 371 verb. mit § 41 Nr. 1). Von ihnen aus sind die für den Prozeß erheblichen persönlichen Beziehungen zu den Richtern, Gerichtsschreibern und Gerichtsvollziehern (§§ 41 Nr. 1—3, 49, GVG. § 156 Nr. 2, 3) sowie zu den Zeugen und Sachverständigen (§§ 348 Nr. 1 bis 3, 371 verb. mit §§ 41 Nr. 1 bis 3, 373) zu messen.

Nicht Parteien sind nach dem modernen Prozeßrechte die im Prozesse auftretenden Bevollmächtigten und gesetzlichen Vertreter. Gesetzlicher Vertreter im Prozesse ist, wer kraft Amtes, obrigkeitlicher Bestellung letztwilliger Verfügung oder kraft seiner Stellung in der Organisation einer juristischen Person Rechtsverhältnisse, Ansprüche oder Pflichten einer anderen Person mit der Wirkung prozessieren kann, daß die oben erwähnten spezifischen Wirkungen des Prozesses nicht für und gegen ihn selbst, sondern für und gegen einen anderen eintreten. Alle prozeßunfähigen Personen bedürfen gesetzlicher Vertreter (§ 50),

Digitized by Google

während prozeßfähige Parteien regelmäßig selbst oder durch ihre Bevollmächtigte prozessieren. Es giebt aber auch Fälle gesetzlicher Vertretung prozeßfähiger Personen [vgl. Wach Handb. I § 51 S. 589 ff., Planck Lehrb. I S. 222]. Dazu gehört z. B. die Vertretung des Abwesenden durch den curator absentis, die Vertretung des Erben durch den curator hereditatis und durch den Testamentsvollstrecker, die Vertretung des Gläubigers oder Schuldners durch den Zwangsverwalter, die Vertretung der Konkursgläubiger oder des Gemeinschuldners durch den Verwalter, die Vertretung des Landesherrn durch gewisse Behörden ꝛc. Die Fragen, ob der Zwangsverwalter Vertreter des Gläubigers oder des Schuldners, ob der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners ist, können hierbei offen bleiben, da im einen wie im anderen Falle eine Vertretung prozeßfähiger Personen vorliegt. Die gesetzlichen Vertreter werden in mancher Beziehung gleich oder ähnlich wie Parteien behandelt (vgl. z. B. §§ 41 Nr. 4, 219, 223, 391, 433, 435, 436, GVG. § 156 Nr. 1), aber deswegen sind sie noch nicht selbst Parteien.

Keine Vertreter, sondern selbst Parteien sind diejenigen Personen, welchen kraft eines ihnen am Vermögen eines anderen zustehenden Rechts — Nießbrauch, Emphyteuse, Lehensrecht, Pfandrecht ꝛc. — die Ausübung eines fremden Rechts und die Geltendmachung dieses Rechts im Prozesse zusteht. Sie können eine Entscheidung über das Bestehen des fremden Rechts insoweit begehren, als dieses die Voraussetzung ihres eigenen abgeleiteten Rechts ist, und prozessieren daher, wenn sie eine solche Entscheidung begehren, nicht über ein fremdes sondern über ihr eigenes Recht. Ob die Entscheidung über die Präjudizialfrage, d. i. über das Bestehen des Mutterrechts, für den anderen Rechtskraftwirkungen hat, ist eine Frage des bürgerlichen Rechts. Auch wo diese Wirkungen eintreten, ist von prozessualischer Geltendmachung eines fremden Rechts und daher von prozessualischer Vertretung nicht die Rede.

Die vorstehenden Bemerkungen wenden sich gegen die in der neueren Zeit aufgetauchte Ansicht, daß jemand Partei sein könne, ohne Subjekt des im Prozesse geltend gemachten Rechts zu sein. So Oetker Jur. Litt. Bl. 1890 S. 188 ff., derselbe konkursrechtl. Grundbegr. I S. 316 ff., Stegemann Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 326 ff.; vgl. a. ferner Krech und Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordn. (3) S. 439. Auch das in dieser Beziehung wenig geklärte U. d. RG. v. 30. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 10 S. 29 ff., wo von dem Konkursverwalter behauptet wird, daß er kein Vertreter sei, nähert sich dieser Auffassung. Dagegen haben sich insbesondere Petersen Sächs. Arch. I S. 6 ff., 33 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 133 ff., Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 1 ff., Komm. 3. Aufl. I S. 116 ff., Levy Beitr. z. Erl. d. DR. XXXVII S. 193 ff., Thiele Arch. f. c. Pr. LXXXII S. 31 ff., Fuchs Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 259 ff. ausgesprochen. Vgl. jetzt auch Kohler Ges. Beitr. z. CPr. S. 346 ff.

Nur im Falle der Veräußerung der im Streit befangenen Sache und des im Streit befangenen Anspruchs (§ 236) kommt es vor, daß der Prozeß über eine Sache oder ein Recht fortgeführt wird, das dem Kläger civilrechtlich nicht mehr gehört; das hat seinen Grund darin, daß aus billiger Rücksicht auf den Gegner die Veräußerung in dem anhängigen Prozesse ignoriert wird. — Eigentümlich ist die Stellung des Staatsanwalts im Prozesse über die Nichtigkeit einer Ehe; er ist Partei aber nicht persönlich, sondern als Behörde und die Behörde ist Partei als Organ des Staates.

§ 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) und die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich

Digitized by Google

nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

Mot. S. 73—77. EPr. S. 23, 511, 512.

1. Litteratur: C. Barazetti z. L. v. d. Prozeßfähigkeit (1884), Fuchs Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 590 ff., 753 ff., XXXVIII S. 241 ff., 548 ff., Linckelmann Ztschr. f. d. CPr. IX S. 215 ff., Pfizer Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 156 ff., Wach I S. 532 ff., Planck I § 44, Hellmann Lehrb. S. 246 ff., Bekker Pand. I § 63 Beil. II.

2. In den Motiven heißt es „Unter Prozeßfähigkeit versteht das Gesetz die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß, an welchem die Partei beteiligt ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitima persona standi in iudicio." (Dieser Ausdruck entstammt dem Kodextitel 3, 6.)

Der Ausdruck „Fähigkeit vor Gericht zu stehen" ist der römischen Terminologie nachgebildet. Er ist in weitem Sinne zu verstehen; denn er umfaßt nicht bloß die Fähigkeit zu prozessualischen Handlungen vor Gericht, sondern zu prozessualischen Handlungen als Prozeßpartei (Haupt- und Nebenpartei) überhaupt. Was eine prozeßunfähige Partei selbst oder was ein von ihr (nicht von ihrem Vertreter) Bevollmächtigter in ihrem Namen, ein Gerichtsvollzieher auf ihr Betreiben thut, ist ungültig. Ebenso sind aber auch Handlungen des Gegners, die gegenüber einer prozeßunfähigen Partei vorgenommen wurden — z. B. Zustellungen an die nicht prozeßfähige Partei — ungültig. Näheres s. in den Bem. Nr. 1 zu § 54. Von der Prozeßfähigkeit zu unterscheiden ist die Befugnis über das konkrete Streitobjekt als Berechtigter oder Verpflichteter zu verfügen. Das ist die aktive oder passive Sachlegitimation (legitimatio ad causam). Sie kann dem Prozeßfähigen fehlen. Die Prozeßfähigkeit ist nicht notwendige Folge von privatrechtlicher Handlungsfähigkeit. Es ist möglich, daß Prozeßfähigkeit und privatrechtliche Handlungsfähigkeit nicht parallel gehen. Aber in der Regel gehen sie parallel. Die CPrO. verweist in § 50 bezüglich der Prozeßfähigkeit auf das bürgerliche (= materielle) Recht. Sie bestimmt aber, im Interesse der Rechtseinheit eingreifend in das materielle Recht, daß die Prozeßfähigkeit nach der Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, bemessen werden solle (§ 51 Abs. 1). Ferner legt sie in § 51 Abs. 2 und 3 gewisse nach Landesrecht etwa bestehende Schranken der Prozeßfähigkeit nieder, soweit diese nicht schon durch Abs. 1 des § 51 beseitigt sein sollten. Indem das Gesetz die aus dem materiellen Rechte zu bestimmende Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, als Maßstab für die Prozeßfähigkeit nimmt, beseitigt es sowohl Vorschriften des materiellen Rechts, die jemanden, der sich durch Verträge verpflichten kann, die Prozeßfähigkeit versagen, als auch Vorschriften, die jemanden, der sich nicht durch Verträge verpflichten kann, die Prozeßfähigkeit beilegen. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 408.] Unter Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, ist nicht speziell die Fähigkeit, durch obligatorische Verträge Schuldner zu werden, sondern die Fähigkeit, durch zweiseitige Rechtsgeschäfte Pflichten zu übernehmen, zu verstehen. Deliktsfähigkeit und Testierfähigkeit sind für die Prozeßfähigkeit belanglos. Nur aus der Fähigkeit, sich selbständig — ohne Ermächtigung oder Genehmigung eines anderen — rechtsgeschäftlich zu verpflichten, folgt die Prozeßfähigkeit. Wer nur mit Ermächtigung oder Genehmigung eines anderen sich rechtsgeschäftlich verpflichten kann, ist nicht prozeßfähig. Eine von der Ermächtigung oder Genehmigung eines anderen abhängige Prozeßfähigkeit kennt die CPrO. nicht; eine solche wäre auch höchst unpraktisch. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 414 und Lehrb. (7) § 24, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 738, Fuchs a. a. O. S. 595 ff., 776 ff., Wach I § 47 N. 9. Unrichtig Bolgiano Handb. S. 115.] Aus der allge-

Digitized by Google

meinen (als Regel aufgestellten) Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, folgt die allgemeine Prozeßfähigkeit. Daß jemand, der im allgemeinen die Fähigkeit hat, sich durch Verträge zu verpflichten, ausnahmsweise unfähig ist zu gewissen Verträgen (z. B. der Hausſohn zu Darlehensverträgen, die Frau zu Bürgschaften), schließt dessen Prozeßfähigkeit nicht aus, auch nicht für Prozesse über Verpflichtungen aus solchen Verträgen, durch die er sich nicht verpflichten kann. Die aus der allgemeinen Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, folgende Prozeßfähigkeit ist nicht auf Prozesse über Rechte und Pflichten aus Verträgen beschränkt, sondern besteht für alle Prozesse, auch für solche über Rechtsverhältnisse, die, wie Ehesachen, vertragsmäßiger Verfügung entzogen sind [aM. Linckelmann a. a. O. S. 220 ff.].

Neben der allgemeinen giebt es eine partielle Prozeßfähigkeit. Indem nämlich das Gesetz (§ 51 Abs. 2) eine Person insoweit für prozeßfähig erklärt, als sie sich durch Verträge verpflichten kann, spricht es aus, daß bei ausnahmsweise eintretender rechtsgeschäftlicher Verpflichtungsfähigkeit einer im allgemeinen verpflichtungs- und daher prozeßunfähigen Person ausnahmsweise die entsprechend beschränkte Prozeßfähigkeit eintreten soll. Ein Beispiel bietet die Seemannsordnung v. 21. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) in § 6, wo bestimmt ist, daß der Minderjährige, der mit väterlicher oder vormundschaftlicher Genehmigung Schiffsdienste übernommen hat, einem Großjährigen gleichgeachtet wird, insoweit es sich um den Abschluß von Heuerverträgen, die aus ihnen hervorgehenden Rechte und Pflichten und das gerichtliche Verfahren darüber handelt. Andere derartige Fälle ergiebt das preuß. Gesetz v. 12. Juli 1875 (GS. S. 518) §§ 5, 6; sie betreffen die Verpflichtungs- und Prozeßfähigkeit Minderjähriger in Bezug auf selbständige, mit Genehmigung des Vaters oder Vormundes betriebene Erwerbsgeschäfte und in Bezug auf Dienst- und Arbeitsverhältnisse; ferner der C. c. art. 487, insoferne der emanzipierte Minderjährige, der Handel treibt, rücksichtlich der auf diesen Handel bezüglichen Geschäfte einem Großjährigen gleichgestellt wird. [Über die partielle Prozeßfähigkeit vgl. nordd. Entw. § 82, Mot. S. 74, Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Wach I S. 537 f. 542, Fuchs a. a. O. S. 599 ff., Linckelmann a. a. O. S. 216 ff., Gaupp I S. 121.] Die partielle Prozeßfähigkeit besteht für den ganzen Prozeß, auch wenn darin andere Rechtsverhältnisse berührt werden, aber nicht für die Widerklage aus einem anderen Rechtsverhältnisse. — Giebt es Personen die die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit nur für das nicht vermögensrechtliche Gebiet oder nur für Teile dieses Gebiets (z. B. Ehesachen) haben, so sind sie für die betreffenden Streitigkeiten prozeßfähig. S. unten litt. b und c.

Hiernach sind prozeßunfähig:

a) Kinder und Geisteskranke, weil sie nach dem bürgerlichen Recht als willensunfähig gelten. Auch der nicht entmündigte Geisteskranke ist prozeßunfähig. Ob die Prozeßunfähigkeit des Entmündigten bis zur Aufhebung der Entmündigung dauert oder vorher endigen kann, hängt davon ab, ob nach dem materiellen Recht ein Entmündigter handlungsfähig werden kann, ohne daß die Entmündigung aufgehoben ist; für das gem. Recht ist dies anzunehmen. [Vgl. darüber Mot. 369, KPr. S. 455, Struckm. Koch N. 3 zu § 593, Gaupp I S. 114, Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. § 3 N. 19 (3) S. 38 f., Wach I S. 539, P. Roth d. PrR. I § 66 N. 22]. Ausnahmsweise und besonders begrenzte Prozeßfähigkeit im Entmündigungsverfahren s. §§ 605, 616, 620. — Der Geistesschwache, dem ohne Entmündigung gemäß C. c. 499 (vgl. EG. z. CPrO. § 10) ein Beistand bestellt ist, ist prozeßunfähig, weil es keine von Verbeistandung abhängige Prozeßfähigkeit giebt [vgl. Petersen (3) I S. 133].

b) Die Minderjährigen, einerlei ob sie in väterlicher Gewalt oder Vormundschaft

Digitized by Google

stehen, weil sie nach gem. Recht und nach allen Partikularrechten der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit (in dem oben erörterten Sinn) ermangeln. Ausnahmsweise sind Minderjährige prozeßfähig in den oben erwähnten Fällen teilweiser Verpflichtungsfähigkeit. In Ehesachen sind Minderjährige, soweit sie ehemündig sind (vgl. RG. v. 6. Febr. 1875 betr. die Beurk. d. Personenstandes ꝛc. 28), prozeßfähig. Sie waren es auch nach dem früheren gem. Recht (c. 14 X de rest spol. 2, 13, c. 3 in 6to de iud. 2, 1). Vgl. über diese spez. Frage Fuchs a. a. O. XXIX S. 756 ff. und Linckelmann a. a. O. S. 222]. Die Großjährigkeitserklärung hat nach gem. Recht wie nach den Partikularrechten selbständige Verpflichtungsfähigkeit, daher auch Prozeßfähigkeit zur Folge. Die Emanzipation eines Minderjährigen aus der väterlichen Gewalt bewirkt nicht Prozeßfähigkeit. Dies gilt auch von der Emanzipation eines Minderjährigen nach C. c. art. 476 ff. [vgl. Mot. S. 77]; hier jedoch mit der oben erwähnten, aus art. 487 sich ergebenden Ausnahme.

c) Die wegen Verschwendung Entmündigten. Sind sie nach dem bürgerlichen Recht außerhalb des Vermögensrechts verpflichtungsfähig (was nach gem. Recht wegen der in l. 1 pr. D. de curat. fur. 27. 10 und l. 12 § 2 i. f. de tut. et cur. 26, 5 angezogenen Analogie des furiosus zweifelhaft ist), so sind sie auch prozeßfähig für nicht vermögensrechtliche Prozesse [vgl. Wach I S. 541 f., Planck I S. 217, Gaupp I S. 121]. Wem ohne eigentliche Entmündigung gemäß C. c. art. 513 (vgl. EG. z. CPrO. § 10, bad. Einf.Ges. v. 3. März 1879 § 146 zu LRS. 513) wegen Verschwendung ein Beistand bestellt ist, der ist prozeßunfähig (vgl. litt. a g. E.).

d) Die wegen körperlicher Gebrechen unter Vormundschaft Gestellten, wenn ihnen durch die Vormundschaft die selbständige Verpflichtungsfähigkeit entzogen ist. Gemeinrechtlich ist dies nicht der Fall, wohl aber nach Partikularrechten. [Vgl. Glück Komm. XXXIII S. 194, Sintenis CR. III § 155, Roth D. PrR. II § 202, Gierke D. PrR. I § 45 bei N. 11.]

e) Die sog. juristischen Personen, weil sie nicht handlungsfähig sind. Gäbe es außer den juristischen Personen noch andere Personen- oder Vermögensverbände, die Rechtssubjekte wären, so würden sie auch hierher gehören. Für die Personenverbände mit Rechtssubjektivität nimmt Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 737 ff. Handlungs- und Prozeßfähigkeit an. Das läuft auf eine theoretische Konstruktion hinaus, die für das Prozeßrecht kaum brauchbar sein dürfte.

Der Gemeinschuldner ist während des Konkurses nicht (auch nicht teilweise) prozeßunfähig, sondern es fehlt ihm für die Prozesse über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen die Sachlegitimation. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Gaupp I S. 115, Planck 1 S. 215, Hellmann Lehrb. S. 249, L. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts S. 114 f., sowie RG. 11. Dez. 1884 Entsch. XIV Nr. 115 S. 405, 21. Jan. 1885 XIV Nr. 116 S. 412 ff., 30. März 1892 XXIX Nr. 10 S. 32 ff. Dagegen nehmen Fitting Konk.Recht S. 54 N. 2, Schultze Konk.Recht S. 45, 87, 96, Wach I S. 542 ff., Petersen (3) I S. 128 f., 131, Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 1 ff., Sächs. Arch. I S. 1 ff. partielle Prozeßunfähigkeit des Cridars an. Vgl. a. Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 319 ff.] — Die Beschlagnahme von Vermögen nach StrPrO. §§ 325 f., 332 ff. bewirkt nicht Prozeßunfähigkeit, sondern Mangel der Sachlegitimation; nur der dem Abwesenden bestellte Kurator ist zu den das beschlagnahmte Vermögen betreffenden Prozessen legitimiert. [Vgl. RG. 27. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 37 S. 189, 13. Mai 1889 Beitr. z. E. d. R. XXXIII S. 1092, Hellmann Lehrb. S. 249, Wach I § 47 N. 3, Gaupp I S. 121 N. 17. AM. Petersen (3) I S. 129.]

3. Wer für den konkreten Prozeß überhaupt prozeßfähig ist, ist fähig zu allen auf diesen Prozeß bezüglichen Handlungen, insbesondere auch zur Zurücknahme der Klage, zum

Digitized by Google

Verzichte auf den Anspruch, zum Anerkenntnisse, zum Vergleiche. Aus der Prozeßfähigkeit ist auch die Fähigkeit zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte zu folgern, die, wie der Auftragsvertrag mit dem Bevollmächtigten oder Gerichtsvollzieher, durch die Prozeßführung sich ergeben.

4. Die nicht prozeßfähige Partei bedarf eines „gesetzlichen Vertreters". Die von diesem in Vertretung der Partei vorgenommenen prozessualischen Handlungen gelten als Handlungen der Partei. Wer gesetzlicher Vertreter einer prozeßunfähigen Partei ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts. Reichsgesetzliche Bestimmungen darüber enthalten HGB. Art. 117, 136, 137, 167, 172, 190a, 194, 196, 205, 222, 223, 227, 229, 244, 244a; Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 (RGBl. S. 180) §§ 27, 38; Gew.-Ordn. §§ 101, 104h für Innungen und Innungsverbände; RG. üb. d. eingeschr. Hülfskassen v. 7. Apr. 1876 (RGBl. S. 125) § 16; RG. v. 15. Juni 1883 betr. die Krankenversich. (RGBl. S. 73) § 35; Unfallversich.-Ges. v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) § 23; RG. v. 5. Mai 1886 betr. die Unfall- und Krankenversich. d. im land- u. forstw. Betrieben besch. Personen (RGBl. S. 132) § 28; RG. v. 11. Juli 1887 betr. d. Unfallversich. d. b. Bauten besch. Personen (RGBl. S. 287) § 12; RG. v. 13. Juli 1887 betr. die Unfallversich. d. Seeleute ꝛc. (RGBl. S. 329) § 29; RG. v. 1. Mai 1889 betr. die Erw. u. Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55) §§ 24, 37 Abs. 3, 49 Abs. 2, 86; RG. v. 22. Juni 1889 betr. die Invalid.- u. Altersversich. (RGBl. S. 97) § 46; RG. v. 20. Apr. 1892 betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung (RGBl. S. 477) § 35. — Der gesetzliche Vertreter einer Partei kann diese nicht in einem Prozesse vertreten, in dem er selbst Partei ist [vgl. RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 123 S. 404]; ebensowenig kann er einen Prozeß mit sich als Vertreter eines Dritten führen. Vgl. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 149.

Der gesetzliche Vertreter hat im allgemeinen die Befugnisse und Pflichten einer Partei. Er ist zu allen Prozeßhandlungen befugt, soweit das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Konsequenzen dieses im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatzes enthalten die §§ 82 in Betreff der Vollmacht, 219, 223 rücksichtlich der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens, 391, 433, 435, 436, 439 in Ansehung des Eides, 210 in Betreff der Versäumungen. Auch die Bestimmung über die Zustellungen in § 157 kann hierher gerechnet werden.

Die Prozeßhandlungen, die jemand als gesetzlicher Vertreter vornimmt, ohne die Befugnis zur Vertretung zu haben, sind ungültig. Näheres s. bei § 54.

5. Nach den Vorschriften des materiellen Rechts bestimmt sich, ob der gesetzliche Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf. Solche Ermächtigung ist z. B. erforderlich nach HGB. Art. 194, 195, 223 Abs. 3 (in der Fassung des RG. v. 18. Juli 1884) für die daselbst bezeichneten Prozesse des Aufsichtsrats der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften; nach pr. ALR. II 11 §§ 652 ff., pr. Ges. v. 20. Juni 1875 § 21 Nr. 5, v. 3. Juni 1876 und v. 4. Juni 1876 § 3 für Kirchenvorsteher und Gemeindevorsteher; nach Gem.Ordn. für die diesrh. Bayern Art. 206 Abs. 2 Nr. 3, Gem.Ordn. f. d. bay. Pfalz Art. 129, rev. Gem.Ed. v. 1834 § 59 Abs. 3—5, § 94 Abs. 5—8, Verordn. v. 6. Dez. 1808 Art. 15 für Prozesse der Kirchenverwaltungen und Inhaber kirchlicher Pfründen; nach bay. Verordn. v. 6. Dez. 1808 Art. 15 für die Vertreter der katholischen Kirchenfabriken, nach bay. Verordn. v. 8. Jan. 1819 und Dekr. v. 6. Nov. 1813 Art. 14, 29, 51 für die Vertreter der protest. Presbyterien und Pfründen. Wegen des württ. Partikularrechts s. Gaupp I S. 118 N. 41.

§ 121 Nr. 2 der KO., wonach der Konkursverwalter zum Anhängigmachen von Prozessen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat, gehört nicht hierher, weil

Digitized by Google

die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber durch die Vorschriften des § 121 nicht berührt wird (KO. § 124).

Die Prozeßhandlungen, die ein gesetzlicher Vertreter vornimmt, ohne die nach dem bürgerlichen Rechte notwendige Ermächtigung zur Prozeßführung zu haben, sind ebenso ungültig, wie die Prozeßhandlungen jemandens, dem die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters fehlt. Aber der Gegner kann dem zur Prozeßführung der Ermächtigung bedürftigen Vertreter gegenüber rechtswirksam Prozeßhandlungen vornehmen, ihm also z. B. die Klage, das Urteil zustellen, ohne daß die Ermächtigung zur Prozeßführung erteilt ist.

§ 51.

Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

Mot. S. 73—77. KPr. S. 23, 511, 512.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 50. Abs. 1 des § 51 ist dem Art. 1 der WO. nachgebildet.

2. Zu Abs. 2: In den Motiven wird gesagt: „Abs. 2 wird hinsichtlich des großjährigen Hauskindes und der Ehefrau von dem Gedanken beherrscht, daß beiderlei Personen an sich handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugnis durch die Rechte des Inhabers der väterlichen Gewalt bezw. des Ehemannes beschränkt werden. Diese Beschränkungen der Verfügungsbefugnis werden durch die Erteilung der vollen Prozeßfähigkeit nicht beeinträchtigt. Denn dem Hausvater oder dem Ehemanne gegenüber hängt die Gültigkeit und Wirksamkeit der ohne ihre Zuziehung zu dem Prozesse erstrittenen Judikate davon ab, inwieweit ihnen nach dem zur Anwendung gelangenden Civilrechte in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung Rechte zustehen, welche die Dispositionsbefugnisse des Hauskindes bzw. der Ehefrau beschränken oder aufheben. Ebensowenig braucht sich der Hausvater oder der Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskindes oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches infolge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. [Vgl. RG. 20 Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 72 S. 292.] Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen das im Prozesse stehende Hauskind bezw. die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechts in das Gebiet der Sachlegitimationen verwiesen und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören. Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften aber nicht zu besorgen, weil die Institute der Intervention und Streitverkündung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bezw. den Ehemann an dem Prozesse zu beteiligen."

Indem das Gesetz großjährige Hauskinder und Ehefrauen für prozeßfähig erklärt, beseitigt es landesrechtliche Bestimmungen, die dem Hausvater oder Ehemann das Recht gewähren, als gesetzliche Vertreter der Hauskinder oder der Ehefrau aufzutreten, weil diese Vertretungsbefugnis nur in Konsequenz der jetzt beseitigten Prozeßunfähigkeit der Hauskinder und Ehefrau bestanden hat. Soweit dem Ehemann oder Vater das Verwaltungsrecht über das Vermögen der Frau oder des Kindes zusteht, ist er befugt, die Vermögensrechte kraft eigenen Rechts zu verfolgen und zu verteidigen [RG. 14. Jan. 1888 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 208], wogegen der Ehefrau und den Kindern die Aktiv- und Passivlegimation zu solchen Prozessen fehlt [RG. 28. Sept. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 73 S. 331, 2. Nov. 1892 Bl.

Digitized by Google

f. RA. XI Erg.Bd. S. 221, 15. Mai 1893 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 90]. — Auch nach dem früheren gem. Recht war die Ehefrau nicht prozeßunfähig, wohl aber nach Partikularrecht. Die Beseitigung der prozessualischen Handlungsunfähigkeit hat nicht zur Folge, daß auch außerhalb des Prozesses Beschränkungen der civilrechtlichen Handlungsfähigkeit, die nach dem ehelichen Güterrechte eintreten, aufgehoben wären. Daraus können sich Schwierigkeiten ergeben. Eine Erörterung ist nur für die einzelnen Güterrechte möglich. Über Prozeßfähigkeit der Ehefrau im allg. vgl. Bretschneider Bl. f. RA. in Thür. XXIX S. 155 ff., Wach I § 48, Gaupp I S. 122 ff.; nach württ. LR.: Pfizer Württ. Arch. XX S. 1 ff., Stahl Württ. GBl. XVIII S. 147 ff., Pfizer eod. S. 250 ff., 314 ff., ferner XIX S. 231 ff., 283 ff., Mandry Arch. f. c. Pr. LXV S. 132 ff., Gaupp a. a. O.; nach pr. ALR.: Boas Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 305 ff., RG. Entsch. XIII S. 290, XXVIII S. 331 u. Beitr. z. Erl. d. DR. XXXIV S. 889, XXXVII S. 1211, 1213, 1215, XXXVIII S. 471 ff.; nach franz. Recht: Hangen Fälle der notwend. Streitgenossenschaft (Lahr 1895) S. 18 ff.

4. Zu Abs. 3: Aus den Motiven: „Die Geschlechtsvormundschaft ist, nachdem sie neuerdings auch in Mecklenburg-Schwerin (vgl. Publikandum v. 17. Sept. 1867) — mit Ausnahme von Wismar —, in Lübeck (Gesetz v. 15. März 1869), in Lauenburg (Gesetz v. 18. März 1869) und in Hamburg (Gesetz v. 3. Juni 1870 Art. 1) aufgehoben worden, fast gänzlich vom deutschen Boden verschwunden. Bei dieser Sachlage hat die Vorschrift des § 51 Abs. 3 um so weniger Bedenken, als das erlöschende Institut gegenüber den Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnissen der Gegenwart jede Berechtigung entbehrt und dennoch wegen seiner kontroversen Natur geeignet ist, der Prozeßführung große Schwierigkeiten zu schaffen."

In Wismar ist die Geschlechtsvormundschaft aufgehoben durch VO. v. 9. Dez. 1875. [Vgl. Stobbe d. PrR. IV S. 428 a. E.]

§ 52.

Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im allgemeinen statthaft ist.

Mot. S. 76. KPr. S. 23, 512.

1. Litteratur: Küntzel Beitr. z. E. d. Dr. XXV S. 327 ff. (vgl. a. XXIV S. 777, XXVIII S. 276), Brettner eod. XXV S. 324, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 103 N. 6, IV § 232 N. 23, H. Jünger d. Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zum Abschluß eines Vergleichs (Berlin u. Leipzig 1890).

2. Die Motive bemerken: „Dieser Grundsatz ist eine Anwendung des im HGB. Art. 43 rücksichtlich der Prokura und in der CPrO. § 79 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach außen hin, dritten Personen gegenüber, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugnis unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört. Durch den § 52 werden Vorschriften beseitigt, wie sie z. B. die preuß. AGO. I 10 § 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält."

3. Prozeßhandlungen im Sinne des § 52 sind auch Zurücknahme der Klage (§ 246), Verzicht auf den Anspruch (§ 277), Anerkenntnis des Anspruchs (§ 278) und Vergleich. Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die eine besondere Ermächtigung zu diesen Handlungen fordern (z. B. preuß. Vorm.Ordn. § 42 Nr. 8, die die Gültigkeit eines vom Vormund abzuschließenden Vergleichs bezüglich eines nicht schätzbaren oder den Betrag von 300 ℳ übersteigenden Gegenstandes von der Einholung der gerichtlichen Genehmigung abhängig macht),

Digitized by Google

sind, insoweit es sich um die Gültigkeit gegenüber dem Gegner handelt, aufgehoben. Vorschriften, wie die im bay. AG. z. CPrO. § 177 und im württ. AG. z. CPrO. Art. 15 Abs. 3 enthaltenen, haben nur Bedeutung für das Verhältnis zwischen dem Vormunde und dem Mündel, nicht aber für die Gültigkeit der vormundschaftlichen Handlung gegenüber dem Gegner. [So auch Struckm. Koch N. zu § 52, Puchelt I S. 231, v. Sarwey I S. 108, Petersen (3) I S. 137, Gaupp I S. 126, Wach I S. 592, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 324 u. Mag. f. DR. VIII S. 261, Schultze in Ztschr. f. d. CPr. II S. 91 N. 135, Muskat Mag. f. DR. VIII N. 201. AM. bezüglich des Verzichts, Anerkenntnisses und Vergleichs Küntzel, Eccius a. a. O., Wilm. Levy N. 2, Hesse Preuß. Vorm.Ordn. (2. Aufl.) S. 400 N. 6, Basch Allg. Ger.Ordn. S. 17, A. Förster N. 2, und bezüglich des Vergleichs auch RG. 24. Juni 1887 Entsch. XIX Nr. 69 S. 362. Man betont die Erwähnung des Vergleichs, der Verzichtleistung und des Anerkenntnisses neben den Prozeßhandlungen in § 77 der CPrO. Aber dieses formelle Argument hält bei näherer Betrachtung nicht stand. Der § 77 führt zurück auf den hann. Entw. § 99. Dort sind neben den anderen den Rechtsstreit betreffenden Handlungen diejenigen, wodurch der Rechtsstreit ganz oder teilweise beseitigt wird, mit „insbesondere", also deklarativ angeführt. Der nordd. Entw. § 134, 135 wollte, dem pr. Entw. §§ 99—101 folgend, dem Bevollmächtigten die Befugnis zu Vergleich, Verzichtleistung, Anerkenntnis abgesehen von Spezialvollmacht entziehen. Als Entw. I § 75 zu dem Prinzipe des hann. Entw. zurückkehrte, wurde die Überleitung mit „insbesondere" beseitigt. Daß dadurch ausgesprochen werden sollte, Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis gehörten nicht zu den „Prozeßhandlungen", dafür liegt gar kein Anhaltspunkt vor.]

4. Der § 52 bezieht sich nur auf das Verhältnis zur Gegenpartei. Die Verpflichtung gesetzlicher Vertreter zur Einholung besonderer Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen ist nicht beseitigt; es haftet z. B. der Vormund, der ohne Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde einen Vergleich schließt, dem Mündel für Schadensersatz; aber der Vergleich besteht zu Recht. — Durch einen dem Gegner bekannt gegebenen Vorbehalt kann an der Gültigkeit der einzelnen Prozeßhandlung auch dann nichts geändert werden, wenn der Vorbehalt sich in den Grenzen des § 79 hält; denn dieser Paragraph bezieht sich nicht auf gesetzliche Vertreter.

§ 53.

Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

Mot. S. 78. KPr. S. 23, 24, 512.

1. Die Motive bemerken:

„Der § 53 erweitert im Anschluß an § 35 der Einleitung zum preuß. ALG. und WO. Art. 84 die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der Regel hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein."

Die Prozeßfähigkeit bemißt sich zunächst nach dem für das Gericht geltenden Prozeßrechte. Verweist aber dieses Prozeßrecht auf das bürgerliche Recht, wie es die CPrO. in §§ 50, 51 Abs. 2 thut, so ist das bürgerliche Recht, das nach der lex fori für die Beurteilung der Handlungsfähigkeit einer Person maßgebend ist, indirekt auch maßgebend für die Prozeßfähigkeit einer Partei. Was die lex fori darüber bestimmt, läßt sich bei der Zerfahrenheit der deutschen Civilrechte nicht allgemein sagen. Bestimmt die lex fori, daß

Digitized by Google

die Handlungsfähigkeit nach der lex domicilii zu beurteilen sei, was wohl die Regel sein dürfte [vgl. Stobbe d. PrR. I § 30 nebst der dort cit. Litt., Gierke d. PrR. I S. 220, 222], so ist danach die Prozeßfähigkeit unter Heranziehung des § 51 auszumessen. Bestimmt die lex fori, daß die persönliche Handlungsfähigkeit nach der lex patriae zu beurteilen sei, so ist danach die Prozeßfähigkeit wieder unter Heranziehung des § 51 zu bemessen. Die lex fori kann auch bestimmen, daß bei Beurteilung der Handlungsfähigkeit entweder die lex fori oder die lex patriae anwendbar sein solle, je nachdem die eine oder die andere der Handlungsfähigkeit günstiger ist. Derartiges bestimmt § 35 der Einl. z. preuß. ALR. und WO. Art. 84. Der § 53 der CPrO. verordnet, daß alle Gerichte Deutschlands diesem Satze des preuß. ALG. gemäß bei Prüfung der Prozeßfähigkeit eines Ausländers verfahren sollen. Der Ausländer ist also als prozeßfähig zu erachten, wenn er entweder nach dem bürgerlichen Rechte seines Landes (lex patriae) oder nach dem bürgerlichen Rechte am Orte der Gerichts (lex fori) fähig ist, sich durch Verträge zu verpflichten. Die Abs. 2, 3 des § 51 finden auf ihn Anwendung.

2. Ausländer ist, wer nicht Staatsangehöriger im Deutschen Reiche ist. Ob der Ausländer seinen Wohnsitz im Auslande oder im Inlande hat, ist für die Anwendbarkeit des § 53 einerlei. Das Heimats- nicht das Wohnsitzrecht ist neben dem Rechte des Gerichtsorts in Betracht zu ziehen. Wohnt z. B. ein Amerikaner in Italien, so ist nicht das italienische, sondern das amerikanische Recht neben dem Rechte des deutschen Gerichtsorts bedeutsam. Auf Angehörige eines anderen deutschen Bundesstaates ist der § 53 seinem Wortlaute nach nicht gemünzt. Ausländer bezeichnet in der CPrO. (vgl. §§ 102, 106) nur den Nichtdeutschen. Es wäre konsequent, den Grundsatz des § 53 auch auf die Beurteilung der Prozeßfähigkeit des Deutschen, der einem anderen Rechtsgebiete angehört, anzuwenden; aber die CPrO. bestimmt das nicht. In diesem Falle ist also der Maßstab der Prozeßfähigkeit, nämlich die privatrechtliche Handlungsfähigkeit, demjenigen bürgerlichen Rechte zu entnehmen, das nach der lex fori für Handlungsfähigkeit maßgebend ist. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 126, A. Förster § 53 N. 2, Wach I S. 547 ff.; vgl. auch ROHG. 26. Juni 1872 Entsch. VI S. 536. AM. Struckm. Koch N. 2.] Die im Gebiete des preuß. ALR. gelegenen Gerichte haben gemäß § 35 der Einl. zum ALR. den Deutschen für prozeßfähig zu erachten, der entweder nach ALR. oder nach dem Rechte seiner Heimat fähig ist, sich durch Verträge zu verpflichten. Übrigens dürfte eine Verschiedenheit der Prozeßfähigkeit aus den deutschen Landesrechten sich kaum jemals herausstellen; der § 51 schafft, soviel sich übersehen läßt, einheitliches Recht.

3. Die Frage, ob für einen Ausländer, der nach inländischem Rechte prozeßfähig, nach dem Rechte seines Heimatlandes nicht prozeßfähig, und dem deshalb im Auslande ein Vormund bestellt ist, dieser Vormund im Inlande Klage erheben kann, wurde in der JK. d. RR. berührt und als zweifelhaft behandelt (KPr. S. 23, 24). Sie ist zu verneinen. Die Zulassung des Vormundes als gesetzlichen Vertreters würde, wenn der Mündel selbst im Inland prozeßfähig ist, zu einer dem Gesetze widerstrebenden Doppelstellung derselben Partei führen, indem diese sowohl selbst als auch durch ihren Vormund prozessieren könnte. [So auch Struckm. Koch N. 1 a. E., Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 129, Petersen (3) I S. 138, Wach I S. 549, Hellmann Lehrb. S. 254. AM. Bülow S. 31, Übel S. 60, Kleiner I S. 295.]

4. § 53 gilt sowohl für Prozeßhandlungen, die diesseits der deutschen Grenze, als für solche, die mit Bezug auf einen im Inlande geführten Prozeß im Auslande vorgenommen sind. So ist z. B. die auf Ersuchen eines deutschen Gerichts im Auslande erfolgte Eidesleistung eines Ausländers, der nach dem Rechte des Auslandes nicht prozeßfähig wäre, rechtswirksam, wenn der Ausländer nach dem inländischen Rechte prozeßfähig ist.

Digitized by Google

5. Auf die Ermächtigung zur Prozeßführung findet § 53 keine Anwendung. Bedarf z. B. der Vormund eines Ausländers nach dem ausländischen Rechte der obervormundschaftlichen Ermächtigung zur Prozeßführung, so hat er diese beizubringen, auch wenn nach dem am Orte des Prozeßgerichts geltenden Recht eine Ermächtigung der Vormünder nicht gefordert wird.

§ 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurteil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Mot. S. 78, 79. KPr. S. 24, 25, 512.

1. Litteratur: Preziger in Württ. GBl. XVII S. 109 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 413 ff., Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 184, Schwalbach eod. S. 507, Birkmeyer eod. VII S. 293 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 316 ff., Planck I § 44 S. 217 ff., § 48 S. 233 ff., II § 95 S. 87 ff.

2. Prozeßfähigkeit, Legitimation eines gesetzlichen Vertreters (d. i. die Befugnis der als Vertreter auftretenden Person zur Vertretung) und Ermächtigung zur Prozeßführung, wo Ermächtigung nötig ist, bedingen die Gültigkeit der prozessualischen Handlung. Ein Mangel in diesen Punkten hat die Ungültigkeit sowohl der Parteiverhandlungen als auch der auf solchen beruhenden richterlichen Handlungen zur Folge. Nachträgliche Genehmigung (Bestätigung, Ermächtigung) hebt den Mangel. Der prozeßfähig Gewordene kann seine ohne Prozeßfähigkeit vorgenommenen Handlungen bestätigen; der gesetzliche Vertreter kann die Handlungen des Nichtprozeßfähigen oder eines nicht zur Vertretung Befugten genehmigen; die erforderliche Ermächtigung kann nachträglich erteilt werden. Daß die nachträgliche Genehmigung die betreffenden Handlungen gültig macht, ergiebt sich aus §§ 513 Nr. 5, 543 Nr. 5. Wenn hier bestimmt ist, daß bei ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Prozeßführung Revision und Nichtigkeitsbeschwerde auf den Mangel vorschriftsmäßiger Vertretung nicht gestützt werden kann, so muß das auf die früheren Stadien des Verfahrens entsprechende Anwendung finden. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 95.]

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen. Das Gericht hat also — vorbehaltlich der aus Abs. 2 sich ergebenden Möglichkeit — den Prozeßunfähigen, den nicht zur Vertretung Legitimierten, den nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen von der Prozeßführung zurückzuweisen. Der Vorsitzende hat auf etwaige Bedenken hinsichtlich der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2). Auf die sog. Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. (über die unpassende Bezeichnung als „Einrede" s. Bem. Nr. 2 zu § 247) kann nicht verzichtet (§ 247 Abs. 3), der Mangel kann nicht durch Unterlassung der Rüge geheilt werden (§ 267 Abs. 2). Der Mangel ist in jedem Stadium des Prozesses zu berücksichtigen. Die Anerkennung der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. von Seite des Gegners bindet das Gericht nicht, die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. als vorhanden anzunehmen; vielmehr kann das Gericht trotzdem die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. prüfen und nach Umständen verneinen. Ein gerichtliches Geständnis

Digitized by Google

der für die Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. entscheidenden Thatsachen bindet das Gericht nicht, diese Thatsachen als des Beweises nicht bedürftig anzunehmen, sondern unterliegt freier Beweiswürdigung. Das Gericht kann trotz dem Geständnisse Beweis über diese Thatsachen erheben. Bezüglich der vorerwähnten Thatsachen zessieren die nach §§ 129 Abs. 2, 296 Abs. 1 eintretenden Geständnisfiktionen; es besteht keine Beweislast für denjenigen, um dessen Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. es sich handelt; vielmehr kann das Gericht nach Umständen (z. B. wenn A dem B eine Klageschrift zugestellt hat, B am Termine ausgeblieben ist und das Gericht die Prozeßfähigkeit des B zu bezweifeln Veranlassung hat) von dem Gegner Beweis verlangen [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 451 ff.]. Steht die Prozeßfähigkeit, die Legitimation des gesetzlichen Vertreters, das Vorhandensein der erforderlichen Ermächtigung oder der Mangel der Prozeßfähigkeit ꝛc. ꝛc. nach Ansicht des Gerichts fest, so bedarf es natürlich keiner weiteren Beweisführung (KPr. S. 24). Die Zuschiebung des Haupteides über die maßgebenden Thatsachen ist unzulässig, zulässig dagegen die Auflage eines richterlichen Eides [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 225 ff., 467 ff.]. Im Termine zur mündlichen Verhandlung ist die Partei, für die ein Nichtprozeßfähiger, ein nicht zur Vertretung Legitimierter, ein mit der erforderlichen Ermächtigung Versehener oder ein von einem Nichtprozeßfähigen ꝛc. Bevollmächtigter auftritt, nicht erschienen; gegen die nichterschienene Partei ist Versäumnisurteil nach den allgemeinen Regeln zulässig. Nach diesen ist aber die ordnungsmäßige Erhebung der Klage (neben anderem) Voraussetzung eines Versäumnisurteils. Daraus folgt, daß ein Versäumnisurteil gegen die Partei nicht ergehen kann, wenn die Klage von einem Prozeßunfähigen, einem nicht zur Vertretung Legitimierten, einem nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen erhoben oder an einen Prozeßunfähigen, einen nicht zur Vertretung Legitimierten (vorbehaltlich jedoch der Vorschriften des § 157 Abs. 2 und 3 über Zustellung an Vorsteher) zugestellt ist. Daß einem nicht mit Ermächtigung zu dem Eintritt in den Prozeß versehenen Vertreter die Klage gültig zugestellt werden kann, s. Bem. Nr. 6 g. E. zu § 50. Mit Bezug auf eine Äußerung des Direktors v. Amsberg (KPr. S. 24 f.) wird mehrfach behauptet, daß stets Versäumnisurteil gegen die Partei zu erlassen sei, auf deren Seite der Mangel an Prozeßfähigkeit ꝛc. besteht. Die erwähnte Äußerung ist aber nur auf die Fälle gemünzt, in denen die Klagerhebung in Ordnung ist. Die andere Sachlage wurde dabei nicht erwogen. Jedenfalls ist ein Versäumnisurteil ohne ordnungsmäßige Klagerhebung unzulässig.

Einzelnes: a) Die Klagerhebung ist in Ordnung. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung aber erscheint für den Kläger oder Beklagten ein Prozeßunfähiger (z. B. die Klage ist von dem Vormunde oder an den Vormund zugestellt, in dem Termine erscheint der minderjährige Mündel), ein nicht zur Vertretung Legitimierter, ein nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehener. Wenn nicht zur Vertagung der Verhandlung Anlaß vorliegt, auch nicht vorläufige Zulassung nach § 54 Abs. 2 erfolgt, so ist auf Antrag der erschienenen Partei gegen die nicht ordnungsmäßig vertretene Partei Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 zu erlassen. b) Die Klage ist von einem Prozeßunfähigen, einem nicht zur Vertretung Legitimierten, einem nicht mit der erforderlichen Ermächtigung Versehenen erhoben. Wird, ohne daß der Mangel durch Genehmigung beseitigt ist, eine Entscheidung des Gerichts nötig, so kann, einerlei ob beide Parteien oder nur eine, ob der Kläger oder der Beklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung erschienen sind, nur die Zurückweisung der Klage (absolutio ab instantia) ausgesprochen werden. Daß der Antrag auf Versäumnisurteil gemäß § 300 Nr. 1 durch Beschluß zurückgewiesen werden kann, wenn die Beseitigung des Mangels durch Genehmigung noch zu gewärtigen ist, ist eine Sache für sich. Die Entscheidung, wodurch ausgesprochen wird, daß eine Klagerhebung wegen

Digitized by Google

eines der bezeichneten Mängel ungültig sei, kann nur Urteil sein. Der scheinbare Einwand, daß keine Klage zurückgewiesen werden könne, ohne daß eine Klage wirksam erhoben sei, erledigt sich damit, daß die Zurückweisung nichts anderes ist, als die Ungültigkeitserklärung des thatsächlich allerdings vorhandenen Klageakts. Daß die Urteilsform nötig ist, folgt daraus, daß die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung erfolgt; für solche Entscheidungen ist die Urteilsform nach dem Systeme der CPrO. überall nötig, wo nicht ausnahmsweise die Beschlußform zugelassen ist. Es ist auch möglich, daß der vorhandene Mangel erst in der Berufungs- oder Revisionsinstanz konstatiert wird; wie anders als durch Urteil sollte das unrichtige Urteil der unteren Instanz aufgehoben werden können? Die Notwendigkeit der Urteilsform ergiebt sich auch aus dem Bedürfnisse, die Entscheidung der vielleicht sehr komplizierten Frage, ob jemand prozeßfähig oder gesetzlicher Vertreter ist, durch Berufung und Revision anfechten zu können. [Vgl. Wach I S. 602 f., Planck II S. 89 ff., Gaupp I S. 133 N. 15, Petersen (3) S. 143 f., Pfizer a. a. O. S. 169 ff., OLG. Marienwerder Ztschr. f. d. CP. XIX S. 262; das RG. Entsch. XVIII Nr. 84 S. 383 ff. hat ein Urteil in dem unter litt. c besprochenen Fall für nötig erklärt; die Begründung trifft auch für den Fall der litt. b zu. AM., nämlich für Einstellung des Verfahrens oder Zurückweisung durch Beschluß: Just a. a. O. S. 326, Planck I S. 213 Nr. 5, S. 218 N. IV 1, S. 237 bei N. 12, der sich aber Bd. II S. 89 ff. korrigiert, Hellmann Lehrbuch S. 623.] Das die Klage wegen Mangels der Legitimation oder der erforderlichen Ermächtigung des Vertreters zurückweisende Urteil ist auf den Namen des Vertreters (nicht auf den der Partei) zu stellen. Der Vertreter ist in die Kosten des Prozesses zu verurteilen. [Vgl. Wach I S. 602 N. 22. AM. Just a. a. O., Planck II S. 91, Gaupp I S. 133 N. 13, S. 134 N. 17, die den Gegner auf selbständige Klage verweisen. Cui bono?] Wird die Klage wegen Mangels der Prozeßfähigkeit der Partei zurückgewiesen, so bleibt allerdings nichts übrig, als das Urteil auf den Namen der Partei zu stellen. Dieses Urteil kann auch von der Partei nicht wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung angefochten werden; denn dieser Mangel hat die ihm gebührende Berücksichtigung gefunden. Aus § 87 folgt dann auch die Kostenpflicht der Partei. [AM. Just a. a. O. und Planck I S. 218.] c) Die Klage ist an einen Prozeßunfähigen oder einen nicht zur Vertretung der Partei Legitimierten zugestellt. Es fehlt an der ordnungsmäßigen Klagerhebung. Wird der Mangel nicht durch Genehmigung gehoben und eine Entscheidung verlangt, so muß einerlei ob beide Parteien oder nur eine, ob Kläger oder Beklagter im Termine zur mündlichen Verhandlung erschienen sind, die Zurückweisung der Klage in Urteilsform ausgesprochen werden. Der Kläger ist in die Kosten zu verurteilen. [Vgl. Gaupp I S. 132 bei N. 12, Wach I S. 602 f., RG. 25. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 24 S. 383 ff., 17. Mai 1892 XXIX Nr. 109 S. 408, bay. ob. LG. Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 213, OLG. Hamburg SA. XLIX Nr. 271. AM., nämlich für Zurückweisung der Klage durch Beschluß, die oben ad b als abweichend zit. Schriftsteller, sowie Pfizer S. 163]. d) Wurde der Mangel in der unteren Instanz übersehen, so kann er in der Berufungs- und Revisionsinstanz geltend gemacht werden (vgl. § 513 Nr. 5). Das rechtskräftige, den Mangel nicht berücksichtigende Urteil unterliegt der Nichtigkeitsklage (§ 543 Nr. 5). e) Entsprechend der Klage sind Einspruch und Rechtsmittel zu behandeln.

3. Durch Abs. 2 ist dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, nach freiem Ermessen eine Partei, gegen deren Prozeßfähigkeit Bedenken bestehen, ebenso jemanden, der als gesetzlicher Vertreter ohne den Nachweis seiner Legitimation oder der erforderlichen Ermächtigung auftritt, oder auch jemanden, der nicht prozeßfähig oder nicht der gesetzliche Vertreter ist, mit dem Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zur Prozeßführung zuzulassen, wenn mit dem

Digitized by Google

Verzuge Gefahr für die Partei, auf deren Seite der Mangel ist, verbunden ist. Der Mangel kann durch den Nachweis der Prozeßfähigkeit, der Legitimation, der Ermächtigung oder auch durch nachträgliche Genehmigung (s. o. Bem. Nr. 2) beseitigt werden. Die Beseitigung des Mangels muß zu gewärtigen sein, sonst hat die Zulassung keinen Zweck. Die Zulassung ist nicht besonders zu beschließen, sondern vollzieht sich thatsächlich durch Duldung und Berücksichtigung der betreffenden Handlungen seitens des Gerichts; daher ist sie nicht anfechtbar. Die zur Beseitigung des Mangels vorzusetzende Frist kann auf Antrag verlängert werden (§ 202). Wird der Mangel beseitigt, so sind die betreffenden Prozeßhandlungen gültig. Dies gilt auch in dem Falle, daß die Beseitigung nach Ablauf der Frist, aber vor dem Schlusse der Verhandlung erfolgt [vgl. RG. 10. April 1884 Entsch. XIV Nr. 122 S. 133]. Wird der Mangel nicht beseitigt, so sind die betreffenden Prozeßhandlungen ungültig. Wie der Prozeß zu erledigen ist, ergiebt sich aus Bem. Nr. 2. Vor Ablauf der Frist darf kein den Prozeß ganz oder teilweise erledigendes Urteil erlassen werden.

4. Der § 54 findet auch in dem Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung — Mahnverfahren, Arrestprozeß, Verfahren betreffs einstweiliger Verfügung — Anwendung. Vgl. a. RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 28.

5. Wegen Verlustes der Prozeßfähigkeit und Aufhörens der Vertretungsbefugnis im Laufe des Verfahrens s. § 219.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2; GO. f. s. RA. § 20.

§ 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

Mot. S. 79. KPr. S. 25, 512.

1. § 55 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein besonderer gesetzlicher Vertreter für den einzelnen Prozeß (curator litis) durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichts bestellt werden kann. Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Bestellung gesetzlicher Vertreter durch andere Behörden (z. B. cura absentis, cura hereditatis) bleiben in Geltung.

2. Nur für den Beklagten, nicht für den Kläger, nur vor Erhebung der Klage, nicht wegen Aufhörens der Prozeßfähigkeit oder der Vertretungsbefugnis im Laufe des Prozesses (§ 219), kann der Vorsitzende einen besonderen Vertreter bestellen. [Vgl. RG. 3. Februar 1894 SA. XLIX Nr. 272.]

3. Die Bestellung kann nur auf Antrag der Partei, die klagen will, erfolgen. Der Antrag ist schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen; Anwaltszwang besteht dafür auch im Anwaltsprozesse nicht, weil der Antrag an den Vorsitzenden geht, also nicht Verfahren vor dem Landgerichte ist. Der Antrag ist an den Vorsitzenden der Kammer oder des Senats zu richten, wo die Sache anhängig gemacht werden soll. Zweckmäßigerweise wird dem Antrage die Klageschrift oder das Klageprotokoll beigelegt; notwendig ist dies nicht. Der Vorsitzende verfügt ohne mündliche Verhandlung auf den Antrag und läßt die Verfügung den Antragsteller zustellen (§ 294). Gegen Zurückweisung des Antrags ist Beschwerde zulässig (arg. § 530).

Digitized by Google

4. Die Bestellung eines besonderen Vertreters muß erfolgen, wenn der zu Verklagende prozeßunfähig ist, keinen Vertreter hat und mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist. Die Bestellung kann erfolgen, wenn ein im Gerichtsstande des § 21 zu verklagender Prozeßunfähiger zwar einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser Vertreter aber nicht am Aufenthaltsorte der Partei ist. Gefahr im Verzuge wird hier nicht gefordert. Doch wird der Vorsitzende immerhin erwägen, ob durch die Zustellung der Klage an den anderswo sich aufhaltenden Vertreter die Interessen des Klägers gefährdet würden.

5. Die Handlungen des gemäß § 55 bestellten Vertreters haben nicht bloß vorläufige, sondern bleibende Wirksamkeit. Ein nachträglich eintretender anderer Vertreter kann dessen Handlungen nicht desavouieren. Die Funktion des besonderen Vertreters endigt nicht mit der Bestellung eines anderen Vertreters, sondern erst mit dessen Eintritt in den Prozeß. Das Endurteil braucht nicht aufgeschoben zu werden, bis ein anderer Vertreter in den Prozeß eingetreten ist.

6. Ob jemand verbunden ist, die Funktion eines Litiskurators zu übernehmen, wie er in Pflicht zu nehmen, wie weit er haftbar ist, diese Fragen sind aus dem Landesrechte zu beantworten.

7. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 9 (Gebührenfreiheit) und GO. f. RA. § 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

Zweiter Titel.
Streitgenossenschaft.

1. Die Motive bemerken:

„Treten mehr als zwei Personen in einem Prozesse als selbständige Parteien auf, so liegt eine Verbindung mehrerer Prozesse zu einem Verfahren vor. Die juristische Behandlung jedes einzelnen Prozesses wird durch die Vereinigung nicht verändert. Abgesehen von den äußeren Vorteilen der Abkürzung, Vereinfachung und Kostenersparung hat die Verbindung mehrerer Prozesse zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung den Vorteil, daß sie eine übereinstimmende Beurteilung der den verbundenen Prozessen gemeinsamen oder gleichartigen Streitpunkte garantiert. Diese Sätze, das Ergebnis der neueren Untersuchungen über die subjektive Klagenkumulation und das Litiskonsortium (vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte S. 105 ff., 385 ff., Wetzell Ed. III S. 826 ff.), bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt für die Bestimmungen der §§ 56—58 des Gesetzes. Der § 59 enthält Modifikationen des im § 58 ausgedrückten Prinzips, während der § 60 eine Vorschrift über das Betreibungsrecht der Streitgenossen giebt."

2. Streitgenossenschaft (litis consortium) = subjektive Klagenhäufung. Gegensatz: objektive Klagenhäufung (§ 232).

Litteratur: ältere s. Wetzell § 63 N. 11; besonders Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 105 ff., 385 ff. Neuere: v. Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention (Wien 1876), Warmuth Ztschr. f. d. CPr. I S. 497 ff., Weismann Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Kroll Klage und Einrede S. 128 ff., Hellmann Lehrb. S. 233 ff. Vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 59. Über die Entstehung der §§ 56—59 s. Wachenfeld notwendige Streitgenossenschaft S. 1—45.

§ 56.

Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

Digitized by Google

§ 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

Mot. S. 79, 80. KPr. S. 25, 512.

1. Aus allgemeinen Grundsätzen ergeben sich folgende Voraussetzungen für Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft: a) Für die Klagen der einzelnen oder gegen die einzelnen Streitgenossen muß dasselbe Gericht sachlich zuständig sein. Soweit die sachliche Zuständigkeit vom Werte des Streitgegenstandes abhängt, greift die Regel des § 5 ein. Mehrere Klagen, von denen jede einzelne nach GVG. § 23 Abs. 1 vor das Amtsgericht gehören würde, erwachsen durch Verbindung zur Zuständigkeit des Landgerichts, wenn die Summe des Werts der Streitgegenstände 300 ℳ übersteigt. Dagegen wird durch die Verbindung einer Klage, für die nach GVG. § 23 Abs. 2 das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig ist, mit einer zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Klage die landgerichtliche Zuständigkeit für jene nicht hergestellt. Ebensowenig ist das Landgericht zuständig, wenn eine nach GVG. § 23 Abs. 1 vor das Amtsgericht gehörigen Klage mit einer nach GVG. § 23 Abs. 2 vor das Amtsgericht gehörigen Klage verbunden wird und die Zusammenrechnung einen Streitgegenstand von mehr als 300 ℳ ergiebt. b) Für die Klagen der einzelnen oder gegen die einzelnen Streitgenossen muß dasselbe Gericht örtlich zuständig sein. Der gemeinsame Gerichtsstand kann sich durch Bestimmung des höheren Gerichts (§ 36 Nr. 3) ergeben. Wegen Wechselklagen s. § 566 Abs. 2. Natürlich kann die Gemeinsamkeit der sachlichen wie der örtlichen Zuständigkeit auch durch Prorogation hergestellt werden. c) Gleiche Prozeßart.

2. Aus §§ 56, 57 ergeben sich folgende Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft:

a) Zusammenhang der Ansprüche. Dieser kann beruhen auf einer Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes oder auf Identität des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der Berechtigung oder Verpflichtung. Rechtsgemeinschaft in Ansehung des Streitgegenstandes liegt vor, wenn mehrere Personen pro partibus indivisis an einer Sache dinglich berechtigt oder einer dinglichen Berechtigung gegenüber verpflichtet sind; ebenso wenn mehrere Personen aktiv oder passiv in einem Gesamtschuldverhältnis (Korreal- oder Solidarobligationen) oder in einem Obligationsverhältnis mit unteilbarem Gegenstande stehen; desgleichen, wenn Hauptschuldner und Bürge verklagt werden [vgl. RG. 12. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 107 S. 367]. Identität des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der Berechtigung oder Verpflichtung liegt vor, wenn mehrere Personen aus demselben Thatbestande, z. B. Vertragsschluß, und auf Grund derselben Rechtsnorm, wenn auch nicht solidarisch, berechtigt oder verpflichtet sind. Gemeinschaftlichkeit der Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist nicht erforderlich.

b) Oder Gleichartigkeit der Ansprüche oder Verpflichtungen und ihres Entstehungsgrundes (§ 57) Das ist ein dehnbarer Begriff. Gleichartigkeit wird anzunehmen sein, wenn die mehreren Ansprüche in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß die Entscheidung von der Würdigung gleich oder doch ähnlich gelagerter thatsächlicher Umstände abhängt. Beispiele: Klage einer Versicherungsgesellschaft gegen mehrere unter gleichen Bedingungen Versicherte auf Erfüllung des Versicherungsvertrages; Klagen mehrerer Hypothekengläubiger auf Sicherstellung gegen Verschlechterung der Pfandsache; Klagen gegen mehrere Mieter aus gleichlautenden Mietverträgen; Klagen mehrerer Gläubiger auf Anfechtung

Digitized by Google

einer Rechtshandlung wegen Benachteiligung der Gläubiger; Klagen eines Geschäftsinhabers gegen mehrere Kunden, denen unter gleichen Bedingungen verkauft wurde ꝛc.

3. Sind mehrere Personen als Streitgenossen klagend aufgetreten oder verklagt worden, ohne daß die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft vorliegen, so ist zu unterscheiden:

a) Es fehlt an der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit. Dann hat das Gericht die Klage des Streitgenossen oder gegen die Streitgenossen, für welche die Zuständigkeit fehlt, nach Umständen also alle Klagen, durch absolutio ab instantia von Amtswegen zurückzuweisen. Natürlich muß, wenn ein Beklagter oder wenn alle Beklagten sich ohne Rüge der Unzuständigkeit auf die Verhandlung zur Hauptsache eingelassen haben, die nach § 39 eintretende Prorogation beachtet werden.

b) Es fehlt an der Zulässigkeit der gleichen Prozeßart. Dann hat das Gericht die Klage, für die die begehrte Prozeßart, z. B. der Urkundenprozeß, unzulässig ist, von Amtswegen durch absolutio ab instantia zurückzuweisen.

c) Es fehlt der Zusammenhang und die Gleichartigkeit. Aus diesem Grunde kann die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nicht von Amtswegen beanstandet werden [vgl. Wetzell Syst. § 63 N. 30, Schmid Handb. II S. 22, Glück Komm. IV S. 17]. Dem öffentlichen Interesse ist dadurch genügend Rechnung getragen, daß das Gericht die Zerlegung in mehrere Prozesse beschließen kann (§ 136). Wohl aber kann die Partei die Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft rügen. Das Rügerecht kann nach § 267 ausgeschlossen werden, weil der Mangel dieses Erfordernisses nicht von Amtswegen zu beachten ist. Prozeßhindernde Einrede ist die Rüge nicht. Erfolgt die Rüge rechtzeitig, so ist weiter zu unterscheiden: α) Aus der Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft ergiebt sich der Mangel der Zuständigkeit für alle Klagen; die Klagen würden nur unter der Voraussetzung zulässiger Streitgenossenschaft zur Zuständigkeit des Landgerichts erwachsen, während jede einzelne zum Amtsgericht gehört; dann ist bezüglich aller Klagen auf absolutio ab instantia zu erkennen. Trennung nach § 136 kann nicht erfolgen, weil diese die ursprüngliche Zuständigkeit voraussetzt. β) Aus der Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft ergiebt sich die Unzuständigkeit nur für einen Teil der Klagen. Z. B. der Anspruch des Klägers A gehört an sich vor das Amtsgericht, der des Klägers B an sich vor das Landgericht; unter der Voraussetzung der zulässigen Verbindung würden beide an das Landgericht gebracht werden können. Oder: für die gegen X und Y gerichteten Klagen ist unter der nicht zutreffenden Voraussetzung zulässiger Kumulation nach § 36 Nr. 3 das Gericht des Wohnsitzes des X bestimmt. Dann ist die Klage, für die sich die Unzuständigkeit ergiebt, durch absolutio ab instantia abzuweisen. γ) Trotz Unzulässigkeit der Verbindung bleibt das Gericht für alle Einzelansprüche zuständig; dann ist nur die Trennung nach § 136 auszusprechen. Den Interessen der Partei, die die Streitgenossenschaft als unzulässig beanstandet, wird in diesen Fällen durch eine Zerlegung nach § 136 vollständig genügt. Wenn die Klage die Einzelansprüche der mehreren Kläger oder gegen die mehreren Beklagten vorschriftsmäßig begründet und die Zuständigkeit auch abgesehen von der Verbindung vorliegt, so kann die Unzulässigkeit der Verbindung die Klagerhebung selbst nicht ungültig machen. [Vgl. Kohler Prozeß als RV. S. 106.]

4. Die subjektive Klagenhäufung steht im Belieben des Klägers. Der beklagten Partei steht kein prozessualisches Mittel zu, aktive oder passive Streitgenossenschaft herbeizuführen. Über die exceptio plurium litis consortium und die sog. notwendige Streitgenossenschaft s. Bem. Nr. 3 ad litt. b zu § 59. Eine Beiladung kennt das Gesetz nur in den Spezialfällen der §§ 73 Abs. 1, 607 Abs. 3, 753 Abs. 3. In allen Fällen der Streitgenossenschaft kann das Gericht getrennte Verhandlung nach § 136 anordnen. Andererseits

Digitized by Google

kann das Gericht mehrere anhängige Prozesse nach § 138 verbinden, wenn die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft vorliegen.

5. Über Editionseid bei Streitgenossenschaft vgl. § 391 Abs. 3; über Eideszuschiebung an Streitgenossen: §§ 414, 434; über die Auflage eines richterlichen Eides an Streitgenossen: § 438; über die Haftung der Streitgenossen für Erstattung der Prozeßkosten: § 95.

6. Mehrere gesetzliche Vertreter einer nicht handlungsfähigen Partei sind sowenig Streitgenossen, wie mehrere Prozeßbevollmächtigte einer handlungsfähigen Partei. Es liegt keine Klagenhäufung vor. Ob die mehreren Gesellschafter, die den Prozeß der offenen Handelsgesellschaft führen, Streitgenossen sind, hängt von der Stellung zu der Frage ab, ob die offene Handelsgesellschaft ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist. Darüber vgl. Behrend HR. I S. 445 f., 516 ff. (wo auch Litteraturangaben), Laband Ztschr. f. d. g. HR. XXXI S. 1 ff., Wach I S. 522 ff., Unger Jahrb. f. Dogm. XXXV S. 239 ff., Bekker Pand. I § 60 Beil. II, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 435 ff. Wenn die Gesellschaft Rechtssubjekt ist, so sind die Gesellschafter ihre Vertreter. Ist die Gesellschaft nicht Rechtssubjekt, so sind die Gesellschafter Streitgenossen.

§ 58.

Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein anderes ergiebt, dem Gegner dergestalt als einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen.

Mot. S. 80, 81. KPr. S. 25, 512.

1. Die Motive bemerken:

„Die Streitgenossen treten infolge des Prozesses in kein besonderes Verhältnis zu einander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Faktum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurteilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre (vgl. Wetzell Ed. III S. 849, 850, Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 107). Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt — der Ausdruck „Handlungen" in § 58 umfaßt seiner allgemeinen Bedeutung nach auch die Unterlassungen — gereicht dem andern weder zum Vorteile noch zum Nachteile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs- und Verteidigungsmittel (vgl. § 95 Abs. 3) bedienen, wie umgekehrt der Gegner besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel einzelnen Streitgenossen gegenüber geltend machen kann, ohne daß der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die andern Streitgenossen einwirkt. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung der Thatsachen von Einfluß sind, und insoweit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Überzeugung des Gerichts abhängig (§ 259) ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Teil des Materials für die richterliche Überzeugung und werden daher mittelbar die Sache des anderen Streitgenossen beeinflussen können."

2. Aus dem im § 58 aufgestellten Satze folgt: a) Versäumt ein Streitgenosse den Termin zur mündlichen Verhandlung, so ist unter den allgemeinen Voraussetzungen gegen ihn Versäumnisurteil zu erlassen, obwohl der andere Streitgenosse erschienen ist. Ausnahme: § 59. b) Die Folgen der partiellen Versäumnis (s. § 208 Bem. Nr. 1 und 2) treten gegen die einzelnen Streitgenossen gesondert ein und wirken nicht gegen die anderen. c) Verzicht (§ 277) und Anerkenntnis (§ 278) wirken nur gegen den einzelnen Streitgenossen. d) Das Geständnis einer Thatsache (§ 261) von Seite eines Streitgenossen hindert den anderen nicht, dieselbe Thatsache zu bestreiten. Die Bestreitung hat die gewöhnlichen Wirkungen.

Digitized by Google

Ad a—d: Durch die vorgetragenen Sätze ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter die Thatsachen der totalen und partiellen Versäumnis, des Anerkenntnisses, Geständnisses eines Streitgenossen bei der Beweiswürdigung verwertet. e) Die Fristen sind für die einzelnen Streitgenossen nach Anfang, Ende, Unterbrechung, Verlängerung gesondert zu berechnen (Mot. S. 163). f) Urteile für und gegen einzelne Streitgenossen sind Teilurteile (§ 273). Ungleichartige, ja widersprechende Urteile gegen einzelne Streitgenossen sind prozessualisch möglich. Die Rechtskraft der Urteile ist gegenüber den einzelnen Streitgenossen gesondert zu berechnen. Das Rechtsmittel, das ein Streitgenosse ergreift, berührt den anderen nicht, vorbehaltlich der Zusammenrechnung der Beschwerdesummen bei der Revision. g) Hinsichtlich der Prozeßkosten sind die einzelnen Streitgenossen vorbehaltlich des § 95 gesondert zu beurteilen. h) Es besteht keine Verpflichtung zur Aufstellung eines gemeinsamen Prozeß- oder Zustellungsbevollmächtigten. Doch hat das Gericht, wenn getrennte Vertretung stattfand, zu prüfen, ob die dadurch erwachsenen Mehrkosten als notwendige im Sinne des § 87 Abs. 1 zu betrachten sind. [So die Mot. S. 112 und alle Komm. bis auf Gaupp. AR. RG. 7. Okt. 1885 Entsch. XIV Nr. 114 S. 395 ff., 22. Juni 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1220, 16. Sept. 1893 Entsch. XXXI Nr. 105 S. 417 und Gaupp I S. 141, nach deren Ansicht die Kosten der gesonderten Vertretung stets zu erstatten sind.]

3. Vorbehalten sind gegenüber dem Grundsatze der prozessualischen Selbständigkeit der mehreren Streitgenossen:

a) Vorschriften des bürgerlichen Rechts,
b) Vorschriften der CPrOrdnung,

} aus denen sich ergiebt, daß Handlungen des einen Streitgenossen den anderen zum Vorteile oder zum Nachteile gereichen.

Ad a: Vorschriften des bürgerlichen Rechts, in denen direkt bestimmt ist, daß prozessualische Handlungen eines Streitgenossen dem anderen zum Vorteile oder zum Nachteile gereichen sollen, giebt es nicht. Gemeint sind Vorschriften, nach denen mehreren Streitgenossen gegenüber mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Streitgegenstandes nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen kann. Aus solchen Vorschriften kann sich allerdings ergeben, daß Handlungen eines Streitgenossen dem anderen zum Vorteile oder zum Nachteile gereichen. Welche Fälle hierher gehören, ist in Bem. Nr. 3 ad a zu § 59 erörtert.

Ad b: Die CPrO. enthält Vorschriften, in denen direkt bestimmt ist, daß Handlungen eines Streitgenossen dem anderen zum Vorteile oder zum Nachteile gereichen sollen, bloß in §§ 59 und 434 (cf. § 391 Abs. 3). Außerdem enthält die CPrO. in §§ 586 Abs. 2, 607 Abs. 3, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2 und 4 Fälle, in denen mehreren Streitgenossen gegenüber nur einheitliche Entscheidung erfolgen kann. Diese sind hier ebenfalls gemeint.

Ad a und b: Liegt einer der Ausnahmsfälle ad a oder b vor, so greift bei totaler Versäumnis eines Streitgenossen die Regel des § 59 ein. Außer § 434 (cf. § 391 Abs. 1) enthält aber das Gesetz keinerlei Vorschriften darüber, wie es in solchen Fällen zu halten sei, wenn alle Streitgenossen erschienen sind, aber in ihrem prozessualischen Verhalten auseinandergehen. Daraus, daß nur einheitliche Entscheidung erfolgen kann, ergiebt sich, daß alle Angriffs- und Verteidigungsmittel (einschließlich der Beweisführung) eines Streitgenossen dem anderen zu gut kommen. Differieren die Erklärungen der Streitgenossen über die vom Gegner behaupteten Thatsachen, z. B. der eine gesteht, der andere leugnet, so hat das Geständnis des einen Streitgenossen nicht die Wirkung, die betreffende Thatsache als des Beweises nicht bedürftig erscheinen zu lassen; bei der Beurteilung der Frage aber, ob die Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, hat das Gericht zu würdigen, welches Gewicht auf das Geständnis einzelner Streitgenossen zu legen ist. (Nordd. Prot. II S. 1040, Mot.

Digitized by Google

S. 83). Diesem Standpunkte entspricht § 434 Abs. 2. Welche Wirkung Verzicht und Anerkenntnis eines Streitgenossen für den anderen hat, ist aus dem materiellen Rechte zu bemessen; es kommt darauf an, ob der Streitgenosse über das Recht des anderen verfügen kann. Hat er solches Verfügungsrecht, so wirkt Verzicht und Anerkenntnis auch zu Ungunsten des Genossen; anderenfalls nicht. Prozeßrechtlich ist nicht ausgeschlossen, daß der andere Streitgenosse trotz dem Verzichte oder dem Anerkenntnisse den Prozeß weiter führe.

§ 59.

Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

Mot. S. 82, 83. KPr. S. 25, 512.

1. Litteratur: Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 415 f., J. v. Amelunxen die sog. notwendige Streitgenossenschaft (Mannheim 1881), v. Kries die Rechtsmittel S. 35—45, Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 102 ff., Hachenburg die besondere Streitgenossenschaft (Mannheim 1889), Hellmann Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 1 ff., Dreyer Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 16 ff., Wachenfeld die notwendige Streitgenossenschaft (Hann. 1894), Hangen Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft (Lahr 1895).

2. § 59 bestimmt nicht allgemein, welchen Einfluß es auf das Verhältnis mehrerer Streitgenossen hat, daß das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder daß die Streitgenossenschaft eine notwendige ist. Ebensowenig bestimmt § 59, wann nur einheitliche Feststellung erfolgen kann und wann die Streitgenossenschaft eine notwendige ist. Vielmehr enthält § 59 nur Vorschriften für den Fall, daß ein Termin oder eine Frist von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, wenn eine sog. notwendige Streitgenossenschaft vorhanden ist.

3. Voraussetzung für die Dispositive des § 59 ist nach den Gesetzesworten:

a) entweder daß das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.

b) oder daß die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine notwendige ist.

Aus den Worten „aus einem sonstigen Grunde" geht hervor, daß auch die Fälle ad a im Gesetz Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft genannt werden. Die Motive (S. 82, 83) und die Vorgeschichte des § 59 (vgl. preuß. Entw. v. 1864 § 393, nordd. Entw. § 95, nordd. Prot. S. 630, 636—639, 795 f., 1270 Entw. I § 58, Entw. II § 59) bestätigen dies. Die Bezeichnung ist, wie unten gezeigt werden wird, ungeeignet und mißverständlich. [Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 97 ff. AM. Wachenfeld a. a. O. S. 59 ff.]

Ad a: Hierher gehören Prozesse über unteilbare Rechtsverhältnisse z. B. der von den Miteigentümern des herrschenden oder dienenden Grundstücks geführte Prozeß über das Bestehen oder den Umfang einer Grunddienstbarkeit (vgl. l. § 4 D. si serv. 8, 5 und v. Savigny Syst. VI S. 469 ff.), der von den mehreren Gläubigern oder Schuldnern geführte Prozeß über das Bestehen einer unteilbaren Obligation, der Prozeß über die Feststellung der Eigenschaft eines ehelichen Kindes gegenüber den beiden Ehegatten, deren Ehe das Kind entstammen soll, der Prozeß über die Nichtigkeit einer Ehe, wenn die Nichtigkeit

Digitized by Google

gegen die beiden Ehegatten beantragt wird (§ 586), der Prozeß über die Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses (§ 607 Abs. 3) [AM. bezüglich der drei zuletzt angeführten Fälle Hachenburg a. a. O. S. 105—107]; ferner die Prozesse nach HGB. Art. 190a, 222 und nach Genoss.Gesetz v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 49. Prozesse über aktive und passive Gesamtschuldverhältnisse gehören dazu, solange nicht von einem Streitgenossen oder gegen einen Streitgenossen ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel vorgebracht wird, das für das Verhältnis des Gegners zu dem anderen Streitgenossen unerheblich ist. Bestreitet z. B. ein Streitgenosse seine Eigenschaft als Gesamtschuldner oder verteidigt sich ein Streitgenosse mit einem pactum de non petendo in personam, so liegt nicht mehr die Notwendigkeit vor, einheitlich zu entscheiden. [Vgl. Gaupp I S. 143, Hachenburg a. a. O. S. 113. AM. OLG. Hamburg SA. XL Nr. 151, RG. 17. März 1894 SA. XLIII Nr. 273.] Nicht anders liegt die Sache, wenn Hauptschuldner und Bürge verklagt sind. [AM. RG. 14. März 1891 SA. XLVI Nr. 286.] Betrachtet man die offene Handelsgesellschaft nicht als Rechtssubjekt und folglich die prozessierenden Gesellschafter nicht als Vertreter sondern als die Parteien, so gehört auch der von mehreren Gesellschaftern geführte Prozeß der offenen Handelsgesellschaft zu den Fällen der notwendigen Streitgenossenschaft [vgl. Wach I S. 528 N. 19, Hachenburg a. a. O. S. 120 f., RG. Entsch. XII Nr. 13]. Darüber, ob die Fälle der §§ 61, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2 unter § 59 gehören s. Bem. Nr. 5 zu § 61, Bem. Nr. 3 zu § 690, Bem. Nr. 6 zu § 710, Bem. Nr. 3 zu § 753. Darüber, ob die Streitgenossenschaft mehrerer Opponenten im Konkurse (KO. §§ 134 Abs. 1, 2, 135), unter § 59 falle, vgl. Wilmowski Komm. z. KO. (4) § 135 N. 1 litt. c, Petersen u. Kleinfeller Komm. z. KO. 3. Aufl. S. 439, v. Sarwey Komm. z. KO. (2) S. 686, v. Völderndorff Komm. z. KO. (2) II S. 400, Schultze d. Konk.Recht S. 101 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 235 ff., v. Amelunxen a. a. O. 66, Wach I S. 624 N. 32, Struckm. Koch N. 1 zu § 59, Kohler Prozeß als RV. S. 104, Hachenburg a. a. O. S. 124, RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414 (bejahend); dagegen Hellm. Lehrb. S. 240 u. 998, Weismann Hauptinterv. S. 152 N. 37, Wachenfeld a. a. O. S. 79 f. (verneinend). Das Richtige ist: die Opponenten sind Streitgenossen im Sinne des § 59, solange sich nicht bei der in der mündlichen Verhandlung erfolgenden Begründung des Widerspruchs eine Verschiedenheit ergiebt, zufolge deren die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung entfällt. [Vgl. Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 328].

In allen diesen Fällen ist die Vereinigung der mehreren Personen zu einer Streitgenossenschaft nicht notwendig, auch nicht in dem Sinne, in dem in den Fällen ad b von einer solchen Nötigung gesprochen werden kann. Jeder Streitgenosse könnte für sich allein klagen und beklagt werden. Deswegen paßt der Ausdruck notwendige Streitgenossenschaft hier noch weniger als für die ad b besprochenen Fälle.

Ad b: Vom Standpunkte des gemeinen Civilrechts giebt es keinen Fall, in dem die Beteiligung einer Person, die nicht durch die Klage Partei geworden ist, prozessualisch erzwungen werden könnte. Auch kennt die CPrO. kein Mittel zur Erzwingung einer Streitgenossenschaft. Die gemeinrechtliche Doktrin spricht aber von exceptio plurium litis consortium, wenn der Beklagte verlangen kann, daß der Kläger nicht allein, sondern gemeinsam mit einem oder mehreren anderen klage, und wenn der Beklagte verlangen kann, daß er nur in Gemeinschaft mit einem oder mehreren anderen belangt werde. In der ersten Gestalt wird die Einrede für die Fälle der l. 31 § 5 D. de aed. ed. 21, 1, l. 84 D. § 13 D. de leg. I und ähnliche, in der zweiten Gestalt für die Fälle behauptet, wo eine von mehreren solidarisch verpflichteten und unter sich regreßberechtigten Personen auf mehr als die entsprechende Quote belangt wird. Nach der überzeugenden Ausführung von Planck,

Digitized by Google

die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 394—402, ist jedoch die Annahme irrig, daß der Beklagte in diesen Fällen eine Streitgenossenschaft erzwingen könne. Dem einzelnen Kläger wird sein materielles Klagerecht bestritten oder es wird bestritten, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit von dem Beklagten allein beanspruchen könne. Dies mag ihn veranlassen, die Mitberechtigten oder Mitverpflichteten heranzuziehen. Aber ein prozessualischer Zwang dazu besteht nicht. Gleichwohl darf nicht bezweifelt werden, daß das Gesetz, sich anschließend an eine althergebrachte, auch trotz Plancks Ausführung nicht allgemein aufgegebene Anschauungsweise [vgl. Wetzell § 63 bei Nr. 32 ff., Renaud S. 146] diese Fälle der sog. exc. plur. litisc. unter notwendiger Streitgenossenschaft begreift und daß folglich für diese Fälle die in Bem. Nr. 4 erörterte Dispositive gilt. — Aus dem preuß. Recht gehören hierher die Streitgenossenschaft der Miteigentümer an Sachen und Rechten und der Miterben, ALR. I §§ 15—18, I 5 § 450, I 17 §§ 127, 151; die Streitgenossenschaft der Eheleute in Prozessen über das Eigentum an einem von der Frau dem Manne eingebrachten Grundstück [RG. 10. Juni 1885 Entsch. XIII Nr. 70 S. 291]; die Streitgenossenschaft mehrerer von den Eltern auf Unterhalt belangter Kinder, ALR. II 2 § 251 [RG. 13. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 88 S. 358 ff.]; aus dem franz. Recht z. B. die Streitgenossenschaft in den Fällen des C. c. art. 1668—1670, 1685 [vgl. Hangen S. 3 ff.]

[Ad a, b: Wachenfeld a. a. O. S. 62 ff. vertritt die Ansicht, daß eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 überhaupt nur bei Gesamteigentum nach deutschem Recht und in einigen Fällen des preuß. ALR., insbesondere bei Miterbschaft, vorhanden sei.]

4. Die Dispositive des § 59 lautet: „Die säumigen Streitgenossenschaften werden als durch die nicht säumigen vertreten angesehen." Das Gesetz enthält eine Fiktion. Aus der Geschichte des Gesetzes (vgl. Code de proc. art. 153, hann. PrO. § 372, hann. Prot. V S. 1742, XV S. 5559, preuß. Entw. §§ 391—394, nordd. Prot. II S. 630 ff., 795, III S. 1313, nordd. Entw. § 86) dürfte sich ergeben, daß der § 59 keineswegs den nicht säumigen Streitgenossen mit vermuteter oder fingierter Vollmacht zur Vertretung der säumigen Streitgenossen ausstattet, sondern daß der Sinn des § 59 der ist: die von dem einen Streitgenossen vorgenommenen Prozeßhandlungen sollen auch von den säumigen, d. i. nicht handelnden Streitgenossen die Folgen der prozessualischen Versäumnis abwehren. Es sind daher die von den nicht säumigen Streitgenossen vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht als Prozeßhandlungen zu betrachten, die zugleich namens der säumigen Streitgenossen vertretungsweise vorgenommen wurden; jene Handlungen bewirken aber, daß auch den säumigen Streitgenossen gegenüber die Folgen des Nichthandelns ausgeschlossen werden. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a) Sind in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nur einige der Streitgenossen erschienen, so kann gegen die Nichterschienenen kein Versäumnisurteil erlassen werden. Es wird zwischen den erschienenen Streitgenossen und der Gegenpartei verhandelt und auf Grund dieser Verhandlung ein Urteil gefällt, das den Prozeß auch gegenüber den Nichterschienenen erledigt. Dieses Urteil ist daher auch auf den Namen der nichterschienenen Streitgenossen zu stellen; diese sind in der Hauptsache wie im Kostenpunkte als mitsiegende oder mitunterliegende Partei zu behandeln, sie haften auch für die nach ihrem Ausbleiben erwachsenden Prozeßkosten (vgl. KPr. S. 25). Das einheitliche Urteil kann auch von den nicht erschienenen Genossen nicht durch Einspruch angefochten werden; wohl aber stehen diesen Genossen die Rechtsmittel der Berufung und Revision zu.

b) Wird von den erschienenen Streitgenossen oder von einem derselben ein Geständnis (§ 261), ein Verzicht (§ 277) oder ein Anerkenntnis (§ 278) erklärt, so gilt

Digitized by Google

die betreffende Erklärung nicht auch als Geständnis, Verzicht oder Anerkenntnis der nicht erschienenen Streitgenossen. Zwar wird das Gericht das Geständnis, den Verzicht und das Anerkenntnis der Erschienenen auch gegenüber den Nichterschienenen sachlich verwerten; aber daß die Nichterschienenen nicht durch jene Prozeßhandlungen der Erschienenen wie durch Erklärungen eines Vertreters verpflichtet werden, ist bedeutsam, wenn die Nichterschienenen im weiteren Verlaufe des Prozesses handelnd auftreten. Dann liegt nämlich ihrerseits kein Geständnis, Verzicht oder Anerkenntnis vor, das sie nur unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen könnten (vgl. § 263, dann Bem. Nr. 4 zu § 277 und Bem. Nr. 4 zu § 278); vielmehr besteht kein prozessualisches Hindernis dagegen, daß sie den unterlassenen Widerspruch gegen Thatsachen oder gegen Rechtsbehauptungen nachholen oder das Recht, auf das andere Streitgenossen verzichtet haben, aufrecht erhalten. Es tritt dann die in Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu § 58 besprochene prozessualische Situation ein. [Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 29 f., 43 f. AM. Dreyer a. a. O. S. 58]. Dagegen wirkt die von den erschienenen Streitgenossen ausgehende Einwilligung in eine Klagänderung auch für die Nichterschienenen bindend, weil die Thatsache der Verhandlung über die geänderte Klage ihnen auch als Versäumnisabwehr zu gut kommt und nicht teilbar ist [vgl. Hachenburg a. a. O. S. 43, OLG. Köln Ztschr. f. d. CPr. VII S. 95].

c) Legt einer von den Streitgenossen gegen das einheitliche Urteil ein Rechtsmittel ein, so gilt dieser Akt nicht auch als Rechtsmitteleinlegung der anderen Streitgenossen, sondern er bewahrt nur die anderen vor der Folge der Versäumung der Rechtsmittelfrist, d. i. vor der formellen Rechtskraft des Urteils, und verschafft ihnen die Möglichkeit, sich auch ohne formelle Rechtsmitteleinlegung an dem Verfahren der Rechtsmittelinstanz zu beteiligen. Das Urteil der Rechtsmittelinstanz lautet, wie das der Vorinstanz, auch auf den Namen der säumigen Streitgenossen. Aber die Kosten der Rechtsmittelinstanz sind bei Verwerfung des Rechtsmittels nur von denjenigen Streitgenossen zu tragen, die das Rechtsmittel eingelegt oder sich dem Rechtsmittel eines Streitgenossen durch aktive Beteiligung am Verfahren angeschlossen haben; denn das verworfene Rechtsmittel ist nicht das Rechtsmittel der nicht handelnden Genossen (vgl. a. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 472). Was von den Rechtsmitteln gilt, gilt in entsprechender Anwendung auch von der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541 ff.), sowie von dem Einspruche eines Streitgenossen gegen ein einheitliches Versäumnisurteil. [Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 50 ff. AM. Hellmann a. a. O. S. 16.]

d) Weil die säumigen Streitgenossen bis zur Beendigung des Prozesses als Partei beteiligt bleiben, können sie in jedem Stadium des Verfahrens handelnd in den Prozeß eintreten; sie können zum persönlichen Erscheinen aufgefordert werden (§ 132) und die Gegenpartei muß sie bei der Eideszu- und Zurückschiebung berücksichtigen (§ 434). Aus demselben Grunde sind die säumigen Streitgenossen zu allen Terminen, zu denen eine Ladung nötig ist, zu laden; alle Schriftsätze, insbesondere auch die Rechtsmitteleinlegungen (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 479), sind den säumigen Streitgenossen ebenso wie den nicht säumigen zuzustellen (Abs. 2 des § 59).

e) Ob der von den nicht säumigen Streitgenossen abgeschlossene Vergleich die säumigen Streitgenossen bindet, ist lediglich aus dem Civilrechte zu beurteilen. Der § 59 ergiebt eine solche Gebundenheit nicht. Ebensowenig darf etwa aus § 59 gefolgert werden, daß die Leistung, die an einen Streitgenossen erfolgt, auch den übrigen gegenüber als Erfüllung wirke.

§ 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu;

Digitized by Google

er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.

Mot. S. 83, 84. KPr. S. 25, 512.

1. Die Betreibung des Prozesses durch die Partei besteht darin, daß die Partei eine Terminsbestimmung erwirkt und die Gegenpartei zu dem Termine ladet. In welchen Fällen die Ladung durch die Partei zu verkündeten Terminen nötig ist, s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191. Jeder einzelne Streitgenosse hat das Recht, zu laden. Daß die betreibende Partei alle auf gegnerischer Seite stehenden Streitgenossen laden muß, versteht sich von selbst. In § 60 ist bestimmt, daß der betreibende Streitgenosse auch die auf seiner Seite stehenden Streitgenossen laden muß. Diese Vorschrift bezieht sich sowohl auf die Fälle des § 58 wie auf die des § 59. Sie gilt auch für den Fall, daß die anderen Streitgenossen in einem früheren Termine nicht erschienen waren, immer aber nur unter der Voraussetzung, daß Ladung überhaupt erforderlich ist, was bei verkündeten Terminen regelmäßig nicht der Fall ist (vgl. Bem. Nr. 2 Ziffer IV vor § 191). Das Gebot der Ladung der eigenen Streitgenossen gilt für die Ladung zum Zwecke der Eröffnung einer neuen Instanz nur, wenn die Streitgenossen der Vorinstanz auch in der Rechtsmittelinstanz als Partei beteiligt bleiben. Sie bleiben stets als Partei beteiligt, wenn das angefochtene Urteil der unteren Instanz auch für oder gegen sie erging und ein Fall der sogen. notwendigen Streitgenossenschaft (§ 59) vorliegt. [Vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 118. AM. Hachenburg die besondere Streitgenossenschaft S. 54]. Außer diesem Falle sind die Streitgenossen der Vorinstanz nicht notwendig auch Streitgenossen in der durch die Rechtsmitteleinlegung eines Genossen eröffneten Instanz, daher bei der Einlegung des Rechtsmittels nicht zu laden (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 479). Beteiligen sie sich durch selbständige Rechtsmitteleinlegung an dem Verfahren in der Rechtsmittelinstanz, so greift das Gebot, sie zu laden wieder ein. Was im vorstehenden bezüglich der Ladung bei Einlegung eines Rechtsmittels gesagt wurde, findet entsprechende Anwendung auf die Ladung bei Erhebung des Einspruchs, sowie bei Erhebung der Nichtigkeits- und Restitutionsklage.

Wurde gemäß § 136 Verhandlung in getrennten Prozessen angeordnet, so gilt das Gebot, die eigenen Streitgenossen zu laden, nicht mehr.

2. Ist dem Gebote des § 60 zuwider die Ladung eines Streitgenossen unterblieben, so ist die Ladung auch im Verhältnisse zur Gegenpartei nicht ordnungsgemäß. Folglich kann der betreibende Teil kein Versäumnisurteil gegen die Gegenpartei erwirken (§ 300 Nr. 2). Aber auch die Gegenpartei kann gegen den nicht geladenen Streitgenossen kein Versäumnisurteil und, wenn notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 vorliegt, auch kein Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen betreibenden Genossen erwirken. Ist dagegen die Streitgenossenschaft keine notwendige, so steht der Umstand, daß die betreibende Partei dem Gebote, ihre Streitgenossen zu laden, nicht nachkam, der Erlassung eines Versäumnisurteils gegen die nicht erschienene betreibende Partei nicht im Wege; denn die Ordnungswidrigkeit ihrer eigenen Prozeßhandlung kann ihr nicht zum Vorteil gereichen (vgl. Bem. Nr. 7 zu § 267). Die nicht geladenen Streitgenossen können in dem Termine verhandeln; dann ist die Ordnungswidrigkeit der Ladung geheilt. Sind sie nicht erschienen, so ist die Vertagung auf Kosten der betreibenden Partei möglich (§ 90); in diesem Falle ist Ladung der Nichterschienenen zu dem verkündeten Termine nötig (arg. § 300 Abs. 2). [Vgl. hierzu Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 416 ff., Heilblut eod. LXIX S. 380.]

3. Über Ausbleiben des richtig geladenen Streitgenossen s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 58 und Bem. Nr. 4 litt. a zu § 59.

Digitized by Google

Dritter Titel.
Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Dieser Titel handelt von den Fällen, in denen ein Dritter berechtigt ist, sich an dem Prozesse anderer Personen zu beteiligen. Dazu gehören die Hauptintervention (§§ 62, 61), die Nebenintervention (§§ 63—68), der Eintritt des Forderungsprätendenten (§ 72) und die Benennung des Auktors (§ 73). Als Veranlassung zur Nebenintervention ist die Streitverkündung in den §§ 69—70 behandelt. — Die sog. gemischte Intervention des gem. Prozesses ist beseitigt. Die Garantieklage des franz. Prozeßrechts fand keine Aufnahme. (Mot. S. 93, KPr. S. 27). Auch die Beiladung (adcitatio, intervention forcé) ist in der CPrO. nicht als prozessualische Institution, sondern nur in §§ 60, 73 Abs. 1, 607 Abs. 3 und 753 Abs. 3 für Spezialfälle erwähnt. Daher ist pr. ALR. I 14 § 311 nicht mehr ausführbar [so auch Eccius (Förster) pr. PrR. I § 56 N. 17 und II § 144 N. 84, A. Förster N. 2 zu § 63. AM. Dernburg pr. PrR. I § 138 N. 15, Schmidt Meves S. 52.]

§ 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

§ 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

Mot. S. 84 ff. KPr. S. 25, 412.

1. Litteratur: Wetzell Syst. § 64 (daselbst N. 1 sowie N.* zu § 7 Angaben älterer Litteratur), Bayer Vortr. § 42, Renaud Lehrb. § 153 N. 15 ff., Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 439 ff., J. Weismann über die geschichtliche Entwickelung der Hauptintervention Ztschr. der Sav.Stiftung germ. Abt. I S. 191 ff., J. Weismann Hauptintervention und Streitgenossenschaft (Leipzig 1884), Kroll Klagen und Einreden S. 166 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 484 ff.

2. Die unter dem Namen Haupt(Prinzipal)intervention bekannte Prozeßinstitution wurde unter Einwirkung germanischen Prozeßrechts im italienischen und kanonischen Prozeß gewohnheitsrechtlich ausgebildet. Sie ermöglicht, daß über zwei (oder mehrere) in einem gewissen sachlichen Zusammenhange stehende Klagen einheitlich verhandelt und durch ein einheitliches für (mindestens) drei Parteien rechtskräftiges Urteil entschieden werde. — Über die legislative Berechtigung der Institution s. hann. Prot. Bd. III S. 700 ff., Mot. S. 84, KPr. S. 25; vgl. a. Renaud § 153.

3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Hauptintervention:

a) Es muß ein Rechtsstreit (der Erstprozeß) bereits „anhängig" sein. Der Ausdruck „anhängig" bedeutet nichts anderes als der Ausdruck „rechtshängig" [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 261 N. 10. AM. Weismann Ztschr. d. Sav.Stift. I S. 240 N. 162. 163a und Hauptintervention S. 164 N. 12]. Die Rechtshängigkeit tritt nach § 235 ein durch die Erhebung der Klage (auch Klagänderung, Incidentklage) oder Widerklage (auch Incidentwiderklage) gemäß §§ 230, 253, 254, 457, 460, 471, 636. Die Geltendmachung

Digitized by Google

einer Forderung zum Zwecke der Aufrechnung begründet keine Rechtshängigkeit (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136), daher ist keine Hauptintervention bezüglich der compensando geltend gemachten Forderung möglich [vgl. Weismann HJ. S. 165. AM. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 91 f.] Die Hauptintervention ist zulässig sofort nach der Klagerhebung, nicht erst nach der Einlassung zur Hauptsache [wie Wach Ztschr. f. Pr. u. d. R. VII S. 137 u. Weismann Ztschr. d. Sav.Stift. I S. 240 Nr. 162, 163a annehmen. In „Hauptintervention" S. 164 f. und N. 12 a. E. tritt Weismann übrigens von seiner früheren Ansicht zurück.] Von der Gültigkeit des die Rechtshängigkeit des Erstprozesses begründenden Aktes hängt die Zulässigkeit der Hauptintervention ab. Besteht im Erstprozesse ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 247), so daß die Erstklage durch absolutio ab instantia zurückgewiesen werden muß, so ist auch die Interventionsklage als unzulässig zurückzuweisen [vgl. Weismann Hauptintervention S. 164 Nr. 13, S. 168 f. AM. Gaupp I S. 148 bei N. 11], vorbehaltlich der Erwägung, ob die Klage nicht als gewöhnliche Klage bei dem Gerichte zulässig ist. Die Hauptintervention ist auch zulässig, wenn die Erstklage im Urkunden- und Wechselprozesse erhoben ist; denn auch diese Klage hat die Anhängigkeit der Sache zur Folge. Die Hauptintervention braucht sich nicht zu dieser Prozeßart zu eignen. — Die Hauptintervention ist nicht zulässig im Mahnverfahren [vgl. Weismann HJ. S. 163], ehe es in das Verfahren mit mündlicher Verhandlung übergeleitet ist. Hiernach ist die Hauptintervention in den zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Sachen zulässig, wenn Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl erhoben ist (arg. § 636, cf. § 640); in den zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Sachen dagegen erst, wenn nach Erhebung des Widerspruchs oder nach Zulassung des Einspruchs Klage zum Landgericht erhoben ist (§§ 637, 640). — Unzulässig ist die Hauptintervention in dem einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren [vgl. Weismann HJ. S. 163 N. 10]. Da in diesem Verfahren nicht über das Bestehen des materiellen Anspruchs des Antragstellers, sondern nur über die prozessualische Befugnis, Arrest oder einstweilige Verfügung zu verlangen, entschieden wird, so fehlt es an der zur Hauptintervention nötigen Kollision zwischen dem Anspruch des Erstklägers und dem des Intervenienten (vgl. u. litt. b). Undenkbar ist die Hauptintervention, wenn der Erstprozeß eine Ehesache (§ 568), eine Entmündigung oder ein Aufgebot betrifft, weil die nach litt. b erforderliche Kollision zwischen dem Anspruche des Klägers und dem des Intervenienten nicht vorkommen kann. [AM. bezüglich der Klage auf Nichtigkeit einer Ehe Barazetti Bad. Ann. XLIX S. 368.] — Unmöglich ist eine Hauptintervention gegenüber einem im schiedsrichterlichen Verfahren anhängigen Erstprozesse, weil die Zuständigkeit des Schiedsgerichts sich auf den Erstprozeß beschränkt; § 61 bestimmt zwar die Zuständigkeit des Gerichts, wo der Hauptprozeß anhängig wurde, für den Interventionsprozeß aber, wie die Worte „in erster Instanz" beweisen, nur bezüglich der staatlichen Gerichte.

Die Rechtshängigkeit endigt durch rechtskräftiges (§ 645) unbedingtes Endurteil, das auch Teilurteil nach §§ 273, 274 sein kann, durch Zurücknahme der Klage (§ 243) und durch Klageänderung, deren Zulässigkeit voraussetzt, endlich durch Vergleich. — Da im Falle der rechtskräftigen Verweisung an das zuständige Gericht nach §§ 249, 466, 467 der Rechtsstreit als bei dem Gerichte, an das verwiesen ist, anhängig gilt, so ist Hauptintervention auch nach der rechtskräftigen Verweisung noch möglich. — Wird nach eingetretener Rechtskraft des Urteils das Wiederaufnahmeverfahren anhängig, so wird auch wieder die HJ. möglich. Doch fällt die HJ. mit der Restitutions- und Nichtigkeitsklage, falls diese als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen wird. — Verzicht auf den An-

Digitized by Google

spruch (§ 277) und Anerkenntnis (§ 278) beendigen die Rechtshängigkeit nicht; solange nicht auf Grund des Verzichts oder des Anerkenntnisses Urteil erlassen und das Urteil rechtskräftig geworden ist, ist HJ. möglich.

b) Der Anspruch, der in der Hauptintervention geltend gemacht wird, muß mit dem Anspruch der Erstklage kollidieren. α) Hauptintervention um die Sache, worüber im Erstprozeß gestritten wird. Über eine Sache ist Streit, wenn der Kläger sie vom Beklagten beansprucht. Kollision des Anspruchs des Intervenienten mit dem Anspruch des Erstklägers auf dieselbe Sache ist vorhanden, wenn der Anspruch des Intervenienten für den Fall, daß der Anspruch des Erstklägers erfüllt wäre, nicht mehr gegen den Erstbeklagten, sondern gegen den Erstkläger zu richten wäre. Daher kann bei dieser Art von HJ. weder die Erstklage noch die Interventionsklage in ihrer Richtung gegen den Erstbeklagten Feststellungsklage, vielmehr muß die Erstklage wie die Interventionsklage entweder auf Haben der Sache oder auf Eintrag als Eigentümer in das Grundbuch gerichtet sein. [Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt RG. 9. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 96 S. 342 nach franz. R. eine HJ. des Hypothekengläubigers im Eigentumsprozesse für unzulässig.] Die Erstklage kann dingliche Klage (Eigentums-, publicianische, Servitutenklage, Klage aus Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, Lehenrecht) Besitzklage oder obligatorische Klage auf Spezies sein, wenn sie auf Haben der Sache oder Grundbuchseintrag gerichtet ist. Das Gleiche gilt von der Interventionsklage. Da die HJ. dem Erstkläger gegenüber die Durchsetzung des Anspruchs auf die Sache bezweckt, so muß der Anspruch des Interventionsklägers auch gegen den Erstbeklagten durchsetzbar sein. Trifft diese Voraussetzung zu, so ist es gleichgültig, ob der Anspruch des Interventionsklägers sich auf ein Recht derselben oder einer anderen Art gründet; es kann sich die eine Klage auf dingliches, die andere auf obligatorisches Recht stützen [vgl. Weismann HJ. S. 25—33]. Übrigens redet das Gesetz zu eng nur von Klagen auf Sachen. Auch Ansprüche, die die faktische Gewalt über Personen erstreben, z. B. die actio de liberis exhibendis, sind zur Begründung der Hauptintervention geeignet [Weismann a. a. O. S. 20]. β) Hauptintervention um Recht. Der Interventionskläger muß dasselbe Recht zu haben behaupten, das der Erstkläger verfolgt. Das frühere gemeine Recht ließ HJ. wegen identischen Rechts nicht zu. In der hannov. Kommission (Prot. XIII S. 4888 ff.) wurde die Ausdehnung auf Rechte beschlossen und späterhin beibehalten. Man dachte zunächst an den Fall, daß die Gläubigerposition zu einer aus einem bestimmten Thatbestande entspringenden Forderung, über die zwischen A und B ein Rechtsstreit anhängig ist, von C in Anspruch genommen wird. Die Fassung des Gesetzes ist aber so allgemein, daß auch bei Kollision anderer als Forderungsrechte die Hauptintervention für zulässig zu erachten ist. — Das vom Erstkläger und das vom Interventionskläger beanspruchte Recht muß in dem Sinne identisch sein, daß beide dieselbe rechtliche Macht gegenüber dem Erstbeklagten beanspruchen und daß diese Macht nur einem von ihnen zustehen kann. Dabei wird das Recht losgelöst gedacht von seinem Subjekte. Nicht identisch müssen die Klaganträge sein; es kann die eine Klage Feststellungs-, die andere Leistungsklage sein; es kann eine Differenz in Bezug auf die Anträge bestehen. Es muß ein Recht gegen den Erstbeklagten behauptet und zugleich bestritten werden, daß dieses Recht dem Erstkläger zustehe. Sachenrechte sind identisch, wenn sie dasselbe Objekt betreffen und, wie Eigentum, Emphyteuse, Superficies, Lehnrecht, an einem Objekte ungeteilt nur einmal bestehen können. Das Gleiche gilt vom Besitz. Dingliche Rechte, die an demselben Objekte mehrfach bestehen können, wie Servituten, sind nur identisch, wenn sie auf denselben objektiven Thatbestand als Entstehungsgrund zurückgeführt werden. — Die Identität von Urheber- und ähnlichen Rechten ergiebt sich durch Identität des Objekts, weil sie an demselben Objekt nur einmal

Digitized by Google

bestehen können. — Die Identität des Forderungsrechts ergiebt sich aus der Identität des Entstehungsgrundes. Identität ist z. B. vorhanden, wenn streitig ist, ob ein bestimmter Vertrag ein Forderungsrecht für den Erstkläger oder für den Intervenienten begründet habe, ob zu einem aus einem konkreten Vertrage entsprungenen Forderungsrecht der Intervenient ausschließlich oder der Erstkläger solidarisch mitberechtigt sei, ob Succession in die Forderung stattgefunden habe, ob Pfandrecht, Nießbrauch an der Forderung bestehe. Familienrechte sind identisch, wenn das Objekt dasselbe ist; Erbrechte, wenn sie die Gesamtnachfolge in den Nachlaß desselben Erblassers betreffen; Vermächtnisrechte, wenn streitig ist, wem das Recht aus einer konkreten Vermächtnisverfügung zusteht [vgl. Weismann a. a. O. S. 33—40]. — In dem Prozesse, in dem die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde verlangt wird, handelt es sich nur um die urteilsmäßige Feststellung einer Thatsache, nicht eines Rechts; daher ist in einem solchen Prozesse keine Hauptintervention möglich.

4. Sind die Voraussetzungen zur Hauptintervention gegeben, so kann der Dritte eine Interventionsklage erheben. Es bleibt ihm unbenommen, sein Recht gegen den Erstbeklagten allein bei dem nach allgemeinen Regeln zuständigen Gericht geltend zu machen; dann liegt keine Hauptintervention vor [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 417]. Will der dritte Hauptinterventionsklage erheben, so gelten für die Klagerhebung neben den allgemeinen Bestimmungen folgende Regeln: a) Die Klage muß gegen die beiden Parteien des Erstprozesses (wenn ein vierter, fünfter ꝛc. auftritt, immer gegen alle Parteien des Interventionsprozesses) gerichtet werden. Eine Klage, die nur gegen eine der Parteien des Erstprozesses erhoben würde, wäre keine Hauptintervention. Wegen Zustellung der Klage an die Prozeßbevollmächtigten der Parteien des Erstprozesses s. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 162. b) Die Hauptinterventionsklage muß bei demjenigen Gerichte erhoben werden, wo der Erst- oder Hauptprozeß in erster Instanz anhängig wurde. Dieses Gericht ist für die Interventionsklage zuständig, auch wenn hier nach den allgemeinen Grundsätzen für die Klage keine sachliche Zuständigkeit oder kein Gerichtsstand vorhanden wäre. Ebenso, wenn zwischen dem Interventionskläger und dem Erstkläger ein auf ein anderes Gericht lautender Prorogationsvertrag besteht [vgl. Kohler a. a. O. S. 493 ff.]

5. Sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Hauptintervention vorhanden und wird die Interventionsklage erhoben, so entsteht ein Prozeß unter drei Parteien — der Interventionsprozeß. Die beiden Parteien des Erstprozesses sind Streitgenossen als Beklagte des Interventionsprozesses. [AM. Kohler a. a. O. S. 488, der den Erstkläger nicht als Streitgenossen, sondern als Intervenienten mit Parteirecht betrachtet. Dagegen Wilm. Levy (6) N. 1 a. E., Gaupp I S. 147 N. 5.] Obwohl die Interventionsklage gegen die beiden Parteien des Erstprozesses erhoben werden muß — sonst liegt keine Hauptintervention vor — so ist darum die Streitgenossenschaft noch keine notwendige im Sinne des § 59. Die prozessualische Vorschrift, daß eine Klage, um Interventionsklage zu sein, gegen die beiden Parteien des Erstprozesses erhoben werden müsse, berührt das materielle Recht nicht, da es ja in der Wahl des dritten steht, ob er Interventions- oder Einzelklage erheben will. [Vgl. Weismann a. a. O. S. 99 f., Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 150 f., RG. 10. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 83 S. 340. AM. Struckm. Koch N. 3, A. Förster N. 2b]. Ob nach Erhebung der Interventionsklage eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 vorliegt, ist eine andere Frage und hängt lediglich davon ab, ob die Entscheidung über das materielle Rechtsverhältnis gegenüber den Streitgenossen nach den Grundsätzen des materiellen Rechts eine einheitliche sein muß (s. Bem. Nr. 3 zu § 59). [Vgl. Hachenburg bes. Streitgenoss. S. 102, Wachenfeld notw. Streitgenoss. S. 93 f.] Liegt keine notwendige Streit-

Digitized by Google

genossenschaft im Sinne des § 59 vor, so kann nach dem Ausscheiden eines Streitgenossen der Prozeß gegen den anderen allein fortgesetzt werden [vgl. RG. 10. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 83 S. 340]. — Die Verhandlung und Entscheidung über den Interventionsprozeß ist gegenüber den beiden Interventionsbeklagten gemeinsam, unbeschadet der Möglichkeit materieller Divergenz. Trennung der Verhandlung gegen die einzelnen Streitgenossen kann nicht angeordnet werden [vgl. Weismann a. a. O. S. 65 ff.] Das Urteil kann gegen den einen Feststellungs-, gegen den anderen kondemnatorisches Urteil sein. [AM. Kohler a. a. O. S. 487 f.] Das rechtskräftige Urteil begründet unter den drei Parteien die Wirkungen der res iudicata; es ist gegen beide Streitgenossen vollstreckbar.

6. Verhältnis des Interventionsprozesses zum Haupt(Erst-)prozesse.

a) Der Haupt- und der Interventionsprozeß gehen selbständig neben einander her. Aber die ordnungsmäßige Intervention begründet für das Gericht die arbiträre Befugnis, nicht die Pflicht, den Hauptprozeß auf Antrag einer der Parteien bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Interventionsprozesses auszusetzen (§ 62). Neben der durch § 62 dem Gericht eingeräumten Befugnis der Aussetzung auf Parteiantrag besteht die Befugnis, den Hauptprozeß auf Grund des § 139 von Amtswegen auszusetzen, wenn die Entscheidung des Hauptprozesses ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand des Interventionsprozesses bildet [vgl. OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 222]. Form des Aussetzungsantrags und Verfahrens s. § 225. Anfechtung der Entscheidung s. § 229. Wirkung der Aussetzung s. § 226. Die Aussetzung endigt mit der Rechtskraft der Entscheidung über die HJ., wenn nicht vorher die Aufhebung der Aussetzung beschlossen war. Darüber s. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 141.

b) Wird im Hauptprozesse ein Urteil erlassen, bevor der Interventionsprozeß entschieden ist, so ist das Urteil nach allgemeinen Grundsätzen vollstreckbar. Der Interventionskläger kann nicht schon um der Hauptintervention willen, sondern nur, wenn auch die Voraussetzungen des § 690 zutreffen (s. u. Bem. Nr. 7), Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln beantragen. Nach Umständen kann der Interventionskläger zur Sicherung seines Anspruchs Arrest oder einstweilige Verfügung nach den Vorschriften der §§ 796 ff. in der Richtung gegen den Erstkläger oder gegen den Erstbeklagten oder gegen beide erwirken, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zu solchen Maßregeln vorliegen (vgl. Mot. S. 85).

c) Wird im Interventionsprozesse nach oder ohne Aussetzung des Hauptprozesses ein Urteil erlassen, ehe der Hauptprozeß entschieden ist, so ist auch dieses Urteil ohne Rücksicht auf den Hauptprozeß nach allgemeinen Regeln vollstreckbar. Ist es rechtskräftig, so ist damit der Hauptprozeß nicht beendigt; wohl aber kann jede der Parteien des Hauptprozesses das rechtskräftige Urteil als res iudicata in dem Hauptprozesse geltend machen. Auf Grund eines Urteils im Interventionsprozesse, das der Interventionsklage stattgiebt, kann also der Beklagte im Hauptprozesse die Abweisung des Erstklägers fordern. Ist im Interventionsprozesse festgestellt, daß das Recht des Interventionsklägers nicht besteht, so kann sich der Beklagte im Hauptprozesse nicht mehr auf das Bestehen dieses Rechts dem Erstkläger gegenüber berufen [Weismann a. a. O. S. 64 f.].

d) Wenn der Hauptprozeß und der Interventionsprozeß in derselben Instanz anhängig sind, kann das Gericht nach § 138 die Verbindung der beiden Prozesse zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen. Durch diese Anordnung wird die Stellung der Parteien in den beiden Prozessen nicht verändert.

e) Der Hauptintervenient kann im Hauptprozesse als Nebenintervenient des Erstbeklagten auftreten. Er kommt aber nicht schon durch die Hauptintervention in die Stellung eines

Digitized by Google

Nebenintervenienten zum Erstbeklagten [wie Planck Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 457 ff. für den früheren gem. Prozeß, wohl auch für diesen nicht richtig, annimmt]; auch nicht, wenn die Verbindung der beiden Prozesse angeordnet ist. Die Hauptintervention wird dadurch, daß der Hauptintervenient in dem Hauptprozesse bereits als Nebenintervenient aufgetreten ist, nicht ausgeschlossen [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 46].

7. Die Hauptintervention ist von der sog. Exekutionsintervention (§ 690) begrifflich verschieden. Nicht darin liegt die Verschiedenheit, daß die Hauptintervention nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung, die Exekutionsintervention erst nach der rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses möglich ist, denn bei Exekution auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils ist Exekutionsintervention vor der Rechtskraft des Urteils möglich; sondern in der Verschiedenheit der Veranlassung und der Ziele. Während die Hauptintervention durch die Rechtshängigkeit eines Prozesses veranlaßt ist, dessen Entscheidung möglicherweise mit Ansprüchen des Intervenienten kollidiert, ist die Exekutionsintervention durch Vollstreckungshandlungen veranlaßt, die mit dem Rechte des Exekutionsintervenienten an dem Exekutionsgegenstande in Kollision geraten. Während die Hauptintervention ein einheitliches Urteil unter drei Parteien über einen Gegenstand oder ein Recht herbeizuführen bezweckt, hat die Exekutionsintervention die Hemmung und Aufhebung der Zwangsvollstreckung zum Ziel. Die beiden Arten von Intervention nähern sich in dem Falle, daß der Exekutionsgegenstand auch Streitgegenstand ist (z. B. es ist auf Herausgabe einer speziellen Sache geklagt und der Beklagte der Klagbitte gemäß verurteilt, darauf hat Naturalexekution nach § 769 begonnen); in diesem Falle hat der Beklagte, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig aber vorläufig vollstreckbar ist, die Wahl zwischen Hauptintervention und Exekutionsintervention.

§ 63.

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.

Mot. S. 86. KPr. I S. 25, 512.

1. Litteratur: Ältere s. bei Wetzell § 7 N. *. Neuere auf die CPrO. bezügliche: Schultze die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten im Rechtsstreit Zeitschr. f. d. CPr. II S. 20 ff. (auch Sep.Abdr. Berlin 1886), Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 386 ff., Francke die Nebenparteien der CPrO. (Göttingen 1882), Kroll Klage und Einrede S. 170, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 217 ff., Wach I §§ 54 ff., Hellmann Lehrb. S. 225 ff. Speziell über Intervention der außerehelichen Mutter im Alimentationsprozesse nach bad. LR.: Bad. Ann. XLVIII S. 317 ff., XLIX S. 233.

2. Die Motive bemerken: „Der Nebenintervention gehören im Gegensatze zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Intervenient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachteilig einwirken könne, und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urteile zu verhelfen."

3. Voraussetzungen für die Zuverlässigkeit der Nebenintervention:

I. Es muß ein Rechtsstreit anhängig sein. Die Anhängigkeit beginnt gemäß § 235 mit der Erhebung der Klage (auch Klagänderung, Inzidentklage) oder Widerklage (auch Inzidentwiderklage) nach §§ 230, 253, 254, 457, 460, 461, 471; vgl. a. 636. Die Geltend-

Digitized by Google

machung einer Forderung zum Zwecke der Kompensation begründet keine Rechtshängigkeit dieser Forderung (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136); daher ist bezüglich dieser Forderung keine Nebenintervention möglich [AM. Schollmeyer Kompensation S. 93 f.]. Im Urkunden- und Wechselprozeß sowie im Eheprozeß ist NJ. zulässig. Nicht zulässig ist NJ. im Entmündigungsverfahren; solange nicht Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß (§§ 605, 624) oder Klage auf Aufhebung der Entmündigung (§§ 620, 626) erhoben ist, weil vorher kein zwischen Parteien anhängiger Rechtsstreit vorhanden ist. Zulässig ist NJ. im Mahnverfahren. Solange nicht Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl (§ 634) oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl (§ 640) erhoben ist, hat NJ. zu Gunsten des Gläubigers keinen Zweck. Zu Gunsten des Schuldners kann zugleich mit Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl oder mit Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl interveniert werden. Nachdem Widerspruch oder Einspruch eingelegt ist, ist NJ. sowohl zu Gunsten des Gläubigers wie des Schuldners möglich. Nicht zulässig ist NJ. im Zwangsvollstreckungsverfahren, weil dieses Verfahren jenseits eines anhängigen Rechtsstreits liegt, auch wenn die Rechtshängigkeit noch fortdauert. Zulässig ist die NJ. in dem aus Anlaß einer Zwangsvollstreckung sich ergebenden Rechtsstreite (z. B. §§ 686, 690, 710, 765). In dem Arrest oder einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren besteht ein prozessualisches Hindernis gegen NJ. nicht, sobald es in diesem Verfahren zu mündlicher Verhandlung kommt [vgl. Wach I S. 632. AM. Francke a. a. O. S. 4 aus dem formalen Grunde, daß das betr. Verfahren in der CPrO. unter „Zwangsvollstreckung" stehe]; aber das Interventionsinteresse (s. u. Ziff. III) wird, da im Arrestprozesse und bei einstw. Verfügung nicht über Bestehen oder Nichtbestehen eines materiellen Rechts zu entscheiden ist, selten vorhanden sein.

Unzulässig ist NJ. im Aufgebotsverfahren vor Erhebung der Anfechtungsklage (§ 834), weil vorher keine „Parteien" da sind. Zulässig ist NJ. im schiedsrichterlichen Verfahren [AM. Francke a. a. O. S. 5]; doch sind die für NJ. aufgestellten Regeln der CPrO. so wenig wie andere prozessualische Regeln für das Schiedsgericht maßgebend.

Wegen Beendigung der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu §§ 61, 62. Die NJ. ist während der Rechtshängigkeit in jedem Prozeßstadium zulässig. Sie kann mit Einlegung des Einspruchs oder eines Rechtsmittels verbunden werden (vgl. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64 und Bem. Nr. 2 litt. b zu § 472).

II. Der Rechtsstreit muß zwischen anderen Personen anhängig sein. Daher giebt es keine NJ. des Vertretenen in dem von seinem gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten für ihn geführten Prozesse. Ist die offene Handelsgesellschaft kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, so kann hiernach den einzelnen Gesellschaftern kein Interventionsrecht in den Prozessen der Gesellschaft zustehen, denn jeder Gesellschafter ist bereits im Prozesse durch den prozeßführenden Gesellschafter vertreten [vgl. Wach I S. 530 und 631]. Ist die offene Handelsgesellschaft dagegen ein von den Gesellschaftern verschiedenes Prozeßsubjekt, so besteht von dieser Seite her kein Bedenken gegen die NJ. des einzelnen Gesellschafters, denn nicht er, sondern die Gesellschaft wird von dem den Prozeß führenden Socius vertreten. [Ein Interventionsrecht nehmen an Behrend Lehrb. d. HR. I S. 527 (hier auch Litt.) sowie RG. 9. Juli 1881 Entsch. V Nr. 16 S. 70 ff. und zwar trotzdem, daß sie der Gesellschaft juristische Persönlichkeit nicht zuerkennen.] Ob der einzelne Konkursgläubiger und der Gemeinschuldner in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen interventionsberechtigt ist, hängt davon ab, ob der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger oder des Gemeinschuldners ist. Ist er Vertreter der Gläubiger, so kann der einzelne nicht intervenieren; vertritt er den Gemeinschuldner, so kann dieser nicht intervenieren. Über die Stellung des Konkursverwalters vgl. insbes. L. Seuffert zur Geschichte und Dogmatik des

Digitized by Google

deutschen Konkursrechts (1888) I S. 89 ff., 149 ff., Petersen, Sächs. Arch. I S. 1 ff. und Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 1 ff., Hinrichs Sächs. Arch. II S. 337 ff. Speziell über die Intervention eines Konkursgläubigers in dem Anfechtungsprozesse des Verwalters vgl. Francke a. a. O. S. 13, Prot. d. RTKomm. z. Beratung der KO. S. 26, Fitting KR. S. 157, Petersen Kleinfeller KO. 3. Aufl. S. 157 bei N. 4, Hullmann KO. § 29 N. 3, Wilmowski KO. § 29 N. 2, Schultze KR. S. 68 f., Cosack Anfechtungsrecht S. 237, Korn Anfechtung S. 29 f., Grützmann Anfechtung S. 200, Otto Anfechtung S. 154, Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 337, RG. 16. April 1889 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 330. Gegen die Intervention des Gemeinschuldners in Prozessen des Verwalters wegen widersprochener Forderungen s. RG. 16. Sept. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 102 S. 422 ff.

III. Der Nebenintervenient muß an dem Obsiege einer Partei in dem anhängigen Rechtsstreit ein „rechtliches Interesse" haben.

Die Motive bemerken dazu: „Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht. Da die Prozeßordnung in dem Geltungsbereiche weit auseinander gehender Civilrechte gelten soll, so war die Gestattung der Nebenintervention in möglichst weitem Umfange ein entschiedenes Bedürfnis. In dieser Beziehung folgt der Entwurf der preuß. AGO. I 18 § 2, dem preuß. Entw. § 719, dem nordd. Entw. § 100 und dem franz. Rechte (vgl. Carré et Chauveau Adolphe, lois de la proced. civ. et administr. 4 ed. III pag. 201) und deckt insbesondere die weitgehende Berechtigung zur Nebenintervention nach dem C. c. art. 1116 (Carré et Chauveau l. c. III pag. 203—205)."

Diese Bemerkung ist nicht dahin zu verstehen, als ob die NI. auf die Fälle beschränkt sei, in denen das bürgerliche Recht eine Interventionsbefugnis direkt anerkennt, sondern dahin, daß die Frage, ob ein Interventionsinteresse vorhanden sei, nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten ist.

„Rechtliches Interesse" an dem Obsiege einer bestimmten Partei in dem anhängigen Prozesse hat der dritte, dessen privatrechtliche Verhältnisse durch eine zu Ungunsten dieser Partei lautende Entscheidung nachteilig beeinflußt würden [vgl. Schultze Ztschr. II S. 34, Francke a. a. O. S. 14, Wach I S. 617 ff., RG. 16. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 123 S. 436, 13. Febr. 1889 XXIII Nr. 241 S. 343, RG. 6. Okt. 1891 SA. XLVII Nr. 152]. Das Interesse muß nicht Vermögensinteresse sein, es kann auch auf dem Gebiete des Familienrechts liegen. Veranlassung zu NI. ist daher gegeben:

a) wenn dem Urteil die Wirkungen der abgeurteilten Sache im Verhältnis zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei zukommen. Nach Reichsrecht gehören dazu die Fälle der CPrO. §§ 73 Abs. 4, 236 Abs. 2, 753 Abs. 4 (cf. § 740), der KO. § 135 [vgl. Wach I S. 623 f.], des HGB. Art. 190a, 222, 194, 195, 223 und des RG. z. Schutze d. Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 9 Abs. 4. Wenn in den Art. 194, 195, 223 des HGB. die Erstreckung der Rechtskraft auf die Kommanditisten und Aktionäre nicht ausdrücklich bestimmt ist, so ergiebt sie sich doch aus dem Gegenstande dieser Prozesse. Zu der früheren Fassung des Abs. 2 des Art. 194 und des Abs. 3 des § 195 vgl. mit Art. 223 war das Interventionsrecht der Kommanditisten und Aktionäre ausdrücklich vorgesehen; die betreffenden noch in dem Entw. der sog. Aktiennovelle enthaltenen Absätze wurden aber in der Komm. d. RT. gestrichen, weil das Interventionsrecht aus der CPrO. folge [vgl. Wach I § 55 N. 36]. — Nimmt man an, daß die Nebenintervention des Gesellschafters in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft nicht durch die ad I erörterte Regel ausgeschlossen ist und daß im Prozesse der Gesellschaft ergangene Entscheidung gegenüber den Gesellschaftern Rechtskraftwirkungen hat — eine Frage, welche bestritten aber wohl zu bejahen ist [vgl. Wach I S. 529 und Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung

Digitized by Google

S. 595 f., daselbst auch Litt. und Rechtsprechung] — so gehört auch dieser Fall hierher. Aus dem RG. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (RGBl. S. 55), gehören die Fälle der §§ 49, 116 (135) hierher. Auch im Falle des § 37 des cit. Gesetzes ist ein Interventionsrecht des einzelnen Genossen anzunehmen. In dem entsprechenden § 29 des Gen.Ges. v. 4. Juli 1868 war dieses ausdrücklich vorgesehen; in das neue Gesetz wurde die betreffende Bestimmung bloß deswegen nicht aufgenommen, weil man sie mit Rücksicht auf CPrO. § 63 für überflüssig betrachtete [vgl. Entw. e. Ges. betr. die Erw.- u. Wirtsch.-Gen. RT. 7. Leg.Per. IV Sess. 1888/89 Nr. 28 S. 81, Komm.Bericht über d. cit. Ges.Entw. RT. 7. Leg.Per. IV Sess. 1888/89 Nr. 132 S. 23]. — Die Fälle, in denen nach gem. Recht das Urteil Rechtskraftwirkungen für oder gegen die dritte hat, s. bei Windscheid Pand. I § 132, Dernburg Pand. I § 164, dazu II Feud. tit. 26 § 23, Binder d. subj. Grenzen der Rechtskraft (1895). Über das preuß. ALR. vgl. Dernburg pr. PrR. I § 138; über das rhein.-franz. Recht vgl. Petersen (2) S. 125.

Die Rechtskraft der im Prozesse einer juristischen Person erlassenen Entscheidung erstreckt sich weder nach gemeinem noch nach Partikularrecht auf die Mitglieder [vgl. Wach I § 55 N. 36].

b) Wenn die Entscheidung, ohne zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei materielle Rechtskraft zu haben, doch in einem Prozesse zwischen dem Intervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei als Beweisgrund gegen den Intervenienten benutzt werden könnte. Daher kann der Bürge in dem Prozesse des Gläubigers gegen den Schuldner zu Gunsten des letzteren intervenieren (l. 5 pr. D. de appell. 49, 1), der Miterbe in dem Prozesse des Miterben über die Gültigkeit des Testaments, über das Bestehen einer Nachlaßforderung oder -schuld, über die Zugehörigkeit einer Sache zum Nachlaß (vgl. l. 5 pr. D. de appell. 49, 1); die Ehefrau in dem Prozesse des Ehemannes über das Dotalvermögen; der Gläubiger in dem Prozesse, in dem ein anderer als Gläubiger dieselbe Forderung geltend macht (vgl. § 72) ꝛc.

c) Wenn die Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zu der unterstützten Partei von Einfluß ist, weil der Intervenient für den Fall des Unterliegens der unterstützten Partei dieser zur Gewährleistung oder Schadloshaltung verpflichtet ist oder weil die Haftung der unterstützten Partei oder der Umfang ihrer Haftung gegenüber dem Intervenienten von dem Ausfall des Prozesses abhängt. Daher kann z. B. intervenieren der evictionspflichtige Verkäufer zu Gunsten des Käufers in dem Streite um die verkaufte Sache (l. 4 § 2 D. de appell. 49, 1), der Verpfänder zu Gunsten des Pfandnehmers in dem Streite um die verpfändete Sache, der Hauptschuldner zu Gunsten des vom Gläubiger verklagten Bürgen (l. 8 § 8 D. mand. 17, 1), der für die Existenz der Forderung haftende Cedent zu Gunsten des Cessionars, der Miterbe zu Gunsten des wegen einer unteilbaren Erbschaftsschuld belangten Miterben ꝛc. ꝛc.

4. Über Streitverkündung als Veranlassung zur Nebenintervention s. § 71. Eine Pflicht zur Nebenintervention giebt es nicht. Vgl. Bem. vor § 61.

§ 64.

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

Mot. S. 86, 87. KPr. S. 25, 26, 512.

Digitized by Google

1. § 64 bestimmt die Stellung des Nebenintervenienten im Prozesse. Die Vorschriften des § 64 modifizieren sich, wenn die Rechtskraft der in dem Prozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, in Gemäßheit des § 66. Hier ist zunächst die prozessualische Stellung des Nebenintervenienten in dem Regelfalle des § 64 darzulegen. Dieser, der „unselbständige" Nebenintervenient ist Gehülfe der Partei kraft eigenen Rechts und auf eigene Rechnung mit der Befugnis, Prozeßhandlungen, die der Partei zum Siege verhelfen können, für die Partei vorzunehmen, soweit diese nicht widerspricht. [Vgl. Wach I S. 615, 637 ff., Gaupp I S. 157; annähernd auch Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy (6) N. 1, Petersen (2) S. 125, Schultze und Francke a. a. O., diese mit allzustarker Betonung der Vertretungsbefugnis. Dagegen betrachten v. Sarwey, Siebenhaar und Kleiner den Intervenienten bloß als Beistand der erschienenen Partei, was unrichtig ist.]

2. Aus der in Bem. Nr. 1 angenommenen Ansicht über die Stellung des Nebenintervenienten in dem Regelfalle des § 64 folgt:

a) Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, worin sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet. Er kann auf die durch Teil- oder Zwischenurteile erledigten Streitpunkte überhaupt nicht mehr zurückgreifen; er kann Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorbringen, mit denen die unterstützte Partei zur Zeit seines Beitritts schon ausgeschlossen war.

b) Der Nebenintervenient kann die Behauptungen des Gegners bestreiten; wenn aber die unterstützte Partei ein gerichtliches Geständnis ablegt (nicht schon, wenn die Hauptpartei sich nicht erklärt), so ist sein Bestreiten bedeutungslos. Der Nebenintervenient kann die Behauptungen des Gegners zugestehen; werden diese aber von der Partei bestritten, so ist das Geständnis des Intervenienten, abgesehen von etwaiger Verwertung bei der Beweiswürdigung, ohne Bedeutung.

c) Der Nebenintervenient kann, immer vorbehaltlich der Hemmung durch Widerspruch der unterstützten Partei, alle prozessualischen und materiellrechtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, die der Partei zustehen. Er kann also auch vorbehaltlich des Widerspruchs eine Forderung der unterstützten Partei gegen den Gegner compensando geltend machen. [AM. Schollmeyer die Kompensationseinrede im Prozeß S. 87 ff. auf Grund der Annahme, daß die Kompensationseinrede eine „unentwickelte Widerklage" sei.] Dagegen kann der Nebenintervenient seine eigenen, der unterstützten Partei nicht zustehenden Rechte nicht als Angriffs- oder Verteidigungsmittel benutzen [vgl. RG. 28. Jan. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 944; 11. Apr. 1888 SA. XLIII Nr. 228, 3. Dez. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 946, OLG. Hamburg SA. XLV Nr. 128]; er kann daher keine Kompensationseinrede vorbringen, die sich auf eine ihm zustehende Forderung stützt. Der Verzicht des Nebenintervenienten auf ein Angriffs- und Verteidigungsmittel bindet die Hauptpartei nicht.

d) Der Nebenintervenient kann Beweis antreten, insbesondere dem Gegner Eide zuschieben; er kann Eideserklärungen abgeben, den Eid zurückschieben, Editionsanträge stellen (näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 2 zu § 393), solang die unterstützte Partei nicht widerspricht oder die Handlung des Intervenienten nicht durchkreuzt. Erklärt z. B. die Partei die Annahme eines Eides, so kann der Intervenient ihn nicht zurückschieben. Dem Intervenienten in der Normalstellung des § 64 kann kein Haupteid zu- oder zurückgeschoben werden (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 litt. c zu § 415); ebensowenig kann ihm ein richterlicher Eid auferlegt werden [vgl. Schultze a. a. O. S. 90, Francke a. a. O. S. 118, Wach I S. 643]. Editionsanträge innerhalb des Prozesses sind gegen ihn nicht zulässig (näheres

Digitized by Google

f. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 1 zu § 393). Der Intervenient in der Stellung des § 64 kann als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 338); natürlich fällt er unter § 358 Nr. 4.

e) Der Nebenintervenient kann den Prozeß durch Ladung des Gegners und der unterstützten Partei betreiben. Er ist zu den Terminen zu laden, die nach seinem Beitritt § 67) auf Betreiben des Gegners oder der unterstützten Partei bestimmt werden. Er kann Urteile zustellen [RG. 28. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 102 S. 411, 28. Sept. 1891 SA. XLVII Nr. 153], Einspruch und Rechtsmittel zu Gunsten der Partei einlegen, solang diese nicht darauf verzichtet hat oder Widerspruch erhebt. Nichthandeln der Partei während der Frist ist kein Verzicht [vgl. RG. 30. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 123 S. 398, OLG. Karlsruhe SA. XXXIX Nr. 137; vgl. auch die UU. in Ztschr. f. d. CPr. IV S. 455, VI S. 480, VII S. 836]; aber der Intervenient muß die der Partei laufenden Fristen einhalten. Näheres hierüber s. Bem. Nr. 1 litt. d und Nr. 2 litt. b zu § 477.

f) Der Nebenintervenient kann für die nicht erschienene Partei handeln. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 158, Schultze a. a. O. S. 20 ff., 88 ff., Francke a. a. O. S. 116 ff., Wach I S. 640, OLG. Jena SA. XXXVII N. 338, OLG. Karlsruhe eod. XXXIX Nr. 137. AM. v. Sarwey I S. 133, Kleiner I S. 339, Siebenhaar S. 114.]

g) Weil der Nebenintervenient nicht selbst Partei ist, kann er den Streitgegenstand nicht verschieben, daher die Klage nicht ändern, beschränken oder erweitern; er kann weder auf den Anspruch der Partei verzichten noch durch Anerkenntnis des Anspruchs des Gegners die Unterwerfung der Partei unter diesen Anspruch bewirken; er kann keinen Vergleich schließen, keine Vollstreckung betreiben und keine Leistung für die unterstützte Partei in Empfang nehmen. Aus dem gleichen Grunde kann er keine Inzidentfeststellungsklage (§ 253) und keine Widerklage erheben [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 78]; es kann gegen ihn keine Inzidentklage und keine Widerklage erhoben werden.

h) Dem Nebenintervenienten kann in der Hauptsache nichts zugesprochen werden. Er kann in der Hauptsache nicht verurteilt werden. Wegen seines Anspruchs auf Kostenerstattung und seiner Haftung für Kosten s. § 96.

3. Der Widerspruch, wodurch die prozessualischen Handlungen des Intervenienten gehemmt werden, kann nur in positiven Handlungen (Erklärungen), nicht in bloßen Unterlassungen, liegen. Der Widerspruch braucht aber kein ausdrücklicher zu sein. Die Handlung des Nebenintervenienten wirkt solange, bis ein Widerspruch erfolgt. Der Widerspruch kann erfolgen bis zum Schlusse der letzten Verhandlung, soweit nicht durch Zwischen- oder bedingte Urteile schon vorher eine Fixierung des betreffenden Prozeßstoffs eingetreten ist.

4. Der Nebenintervenient kann sich durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen. In Anwaltsprozessen besteht für ihn der Anwaltszwang. Der Intervenient kann sich durch den Bevollmächtigten vertreten lassen, der die unterstützte Partei vertritt.

5. In den Prozeß an Stelle der unterstützten Partei eintreten kann der Nebenintervenient nur, wenn sowohl diese als der Gegner einwilligt. Besonderes enthält § 73 Abs. 3.

§ 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit ge-

Digitized by Google

hört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

Mot. S. 87, 88. KPr. S. 26, 512.

1. § 65 bestimmt die Wirkungen der Nebenintervention auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Intervenienten und der unterstützten Partei. Bestimmungen des materiellen Rechts hierüber, die andere Wirkungen vorsehen, sind durch die CPrO. aufgehoben.

2. Die Wirkungen der Nebenintervention sind:

a) Der Intervenient wird mit der Behauptung ausgeschlossen, daß der Prozeß unrichtig entschieden sei. Die Ausschließung tritt ein ohne Rücksicht darauf, in welchem Prozeßstadium die Intervention erfolgte; also auch, wenn der Prozeß bereits soweit vorgerückt war, daß eine Einwirkung auf die Entscheidung faktisch unmöglich war. Sie tritt auch ein, wenn der Intervenient durch den Widerspruch der Partei in seiner prozessualischen Thätigkeit gehemmt wird. Nur die Behauptung, daß der Prozeß so, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei, ist ausgeschlossen; der Intervenient ist nicht gehindert, darzuthun, daß eine andere Klage oder Verteidigung besseren Erfolg gehabt hätte. Bei Beendigung des Prozesses durch Vergleich ist diese Bestimmung bedeutungslos.

b) Der Intervenient wird mit der Behauptung ausgeschlossen, daß die Hauptpartei den Prozeß mangelhaft geführt habe (exceptio mali processus). Diese Wirkung tritt nicht ein, soweit der Intervenient durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitrittts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei, z. B. durch Geständnisse, Verzichte, Anerkenntnisse oder durch Widerspruch gegen prozessualische Handlungen des Intervenienten ꝛc. verhindert ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder soweit Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Über „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 1 zu § 137 und Bem. Nr. 2 zu § 251. In § 65 sind auch Beweismittel darunter begriffen.

3. Die angeführten Wirkungen der Nebenintervention treten auch in den Fällen des § 66 ein. [Vgl. Francke a. a. O. S. 128. AM. Wach I S. 652 und Gaupp I S. 163 N. 10.] Sie treten ein, auch wenn der Intervenient vom Prozeß wieder zurücktrat; nicht aber wenn der Interventionsversuch zurückgewiesen wurde (§ 68).

§ 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeß erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Mot. S. 88. KPr. S. 26, 512.

1. Der § 66 gewährt dem Nebenintervenienten eine selbständigere Stellung, als sie ihm nach der Regel (§ 64) zukommt, wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist. Es ist nicht ganz klar, welche Fälle gemeint sind. Die Geschichte des Gesetzes [vgl. preuß. Entw. § 723, nordd. Entw. § 103, Entw. I § 65, Entw. II und III § 66; dazu Schultze a. a. O. S. 78 ff., Wach

Digitized by Google

I S. 647 N. 1] läßt als wahrscheinlich erscheinen, daß nur die in Bem. Nr. 3 III litt. a zu § 63 aufgeführten Fälle (mit Ausnahme des Falls des Abs. 2 des § 236), in denen das Urteil Rechtskraftwirkungen im Verhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und dem Gegner der unterstützten Partei hat — nicht auch die in Bem. Nr. 3 III litt. b aufgeführten Fälle, wo das Urteil nur als Beweisgrund bedeutsam ist — hierher gehören. Die Mot. zu Entw. III bemerken:

„Es gehören unter diesen § die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse befindlichen Partei bedingt. (Leonhardt B. P. O. § 46 Anm. 3). Ein Beispiel geben l. 50 § 1 D. de legat. I; l. 14 D. de appell. 49, 1 und das preuß. ALR. I 12 § 298 für einem Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestaterben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem ersteren der Legatar beitritt."

Das Beispiel paßt nur, wenn man annimmt, daß dem Rechte des Legatars durch die Ungültigkeitserklärung des Testaments im Prozesse zwischen Testaments- und Intestaterben auch in der Richtung gegen den Intestaterben präjudiziert werde, was aus den cit. Pandektenstellen nicht zu folgern sein dürfte. [Vgl. Schultze a. a. O. S. 40 f. und Wach I S. 646. Irrtümlich zieht Franke S. 99 f. den Satz heran, daß der Sieger im Erbschaftsprozesse das Urteil gegen sich gelten lassen muß, wenn er vom Legatar oder Erbschaftsgläubiger belangt wird. Daraus ergiebt sich gar kein Interventionsrecht; vgl. Wach I S. 648 N. 2.] Über die nach franz. Civilrecht unter § 66 fallenden Rechtsverhältnisse s. hangen notw. Streitgenossenschaft S. 30 ff.

2. Trifft die in Bem. 1 besprochene Voraussetzung zu, so gilt der Nebenintervenient nach dem Wortlaute des Gesetzes als Streitgenosse im Sinne des § 58. Es fragt sich, wie das zu verstehen ist. Soll der Nebenintervenient in diesem Falle wirklicher Streitgenosse, also Hauptpartei, werden? oder soll er, in der Rolle der Nebenpartei verbleibend, nur in Bezug auf seine prozessualische Thätigkeit selbständig wie ein Streitgenosse und unabhängig von dem Widerspruche der unterstützten Partei sein? Wäre jenes anzunehmen, so würde die Nebenintervention im Falle des § 66 zu einer subjektiven Klagenhäufung im Laufe des Prozesses; das Urteil müßte auch auf den Namen des Intervenienten als Partei gestellt werden; der dem Kläger beitretende Intervenient müßte bei Verurteilung des Gegners exekutionsberechtigt sein; der dem Beklagten beitretende Intervenient müßte verurteilt werden können. Daß diese Konsequenzen schlechthin unannehmbar wären, läßt sich nicht behaupten. Aber es ist nicht zu verkennen, daß damit die Intervention im Falle des § 66 zu einer von der Intervention des § 64 ganz verschiedenen Prozeßinstitution würde und daß auf diese Institution der Name Nebenintervention nicht mehr paßte. Man wird sich daher entschließen müssen, die Worte des Gesetzes nicht zu pressen und sie dahin zu verstehen, daß der Intervenient im Falle des § 66, ohne Hauptpartei zu werden, in Bezug auf seine prozessualische Thätigkeit selbständig wie ein Streitgenosse ist. [Vgl. Gaupp I S. 162, Schultze a. a. O. S. 97 ff., v. Amelunxen notw. Streitgenossenschaft S. 76 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 78 N. 99, Schollmeyer Zwischenstreit S. 95, v. Kries Rechtsmittel S. 34, und wohl auch Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 485 N. 9 im Gegensatz zu der früher KWSchr. XXII S. 387 geäußerten Ansicht. Mehr oder weniger abweichend Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Petersen (2) S. 131, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 228, Francke a. a. O. S. 115, Wach I S. 648 ff.]

Das Citat des § 58 ergiebt die prozessualische Selbständigkeit des Intervenienten. Da aber der § 58 in den Worten „soweit nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes ein anderes sich ergiebt" den § 59 vorbehält, so ist damit die Anwendbarkeit auch des § 59 im Verhältnis zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei verordnet, wenn die

Digitized by Google

Voraussetzungen des § 59 gegeben sind (s. jedoch Bem. Nr. 3 litt. f). Dieses wird, soviel sich übersehen läßt, stets der Fall sein. [Wach I S. 651 und Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 488 N. 17 nehmen an, daß § 58 irrtümlich anstatt des § 59 citiert sei; v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 238, daß § 59 neben § 58 zu citieren gewesen sei. Weder das eine noch das andere dürfte richtig sein. Vgl. jetzt auch Gaupp I S. 162 N. 8.]

3. Aus dieser Auslegung des § 66 folgt:

a) Bem. Nr. 2 litt. a zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 Anwendung.

b) Bestreitet der Nebenintervenient des § 66 eine Behauptung des Gegners, die von der unterstützten Partei zugestanden wird, so ist die Behauptung nicht als zugestanden zu betrachten (vgl. Bem. Nr. 2 ad a und b zu § 58). Ebenso wenn der Intervenient Thatsachen zugesteht, die von der unterstützten Partei bestritten werden.

c) Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 mit dem Abmaße Anwendung, daß er nicht durch den Widerspruch der unterstützten Partei gehemmt werden kann.

d) Der Nebenintervenient des § 66 kann selbständig Beweis antreten. Er kann Editionsanträge stellen und ist editionspflichtig, wie die unterstützte Partei (näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 386 und Bem. Nr. 2 zu § 393). Er kann Eide zuschieben und Erklärungen auf die Eideszuschiebungen abgeben. Ihm kann der Eid zugeschoben und zurückgeschoben werden (§ 414). Auf die Eideszuschiebung, Eideserklärung und Eidesleistung findet § 434 entsprechende Anwendung, da einheitlich entschieden werden muß. Dem Nebenintervenienten des § 66 kann auch ein richterlicher Eid auferlegt werden; § 438 findet entsprechende Anwendung. Der Nebenintervenient des § 66 ist unfähig, in dem Prozesse Zeuge oder Sachverständiger zu sein, weil ihm der Eid zu- und zurückgeschoben werden kann (s. Bem. Nr. 1 vor § 338).

e) Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 mit dem Abmaße Anwendung, daß er unabhängig von dem Widerspruche der Hauptpartei ist. Wegen des Fristenlaufs s. Bem. Nr. 1 litt. d und Nr. 2 litt. b zu § 477.

f) Der Nebenintervenient des § 66 kann für die nicht erschienene Hauptpartei handeln. Nicht aber kann die unterstützte Hauptpartei als Vertreterin des nicht erschienenen Intervenienten auftreten. Das wäre Vertretung des Gehülfen durch denjenigen, welchem geholfen werden soll. Allerdings ergeht gegen den nicht erschienenen Intervenienten kein Versäumnisurteil; aber nicht, weil er vertreten, sondern weil er nicht Partei ist.

g) Bem. Nr. 2 litt. g zu § 64 findet auf den Nebenintervenienten des § 66 Anwendung.

h) Auch dem Nebenintervenienten des § 66 kann in der Hauptsache nichts zugesprochen, er kann in der Hauptsache nicht verurteilt werden. Wegen der Prozeßkosten s. § 96 Abs. 2.

§ 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) **die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits,**
2) **die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat,**
3) **die Erklärung des Beitritts.**

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.

KPr. S. 26, 512.

Digitized by Google

1. Die Form der Nebenintervention ist die Zustellung eines den Vorschriften des § 67 entsprechenden Schriftsatzes. Dieser ist beiden Parteien zuzustellen [vgl. RG. 15. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 109, S. 397, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 59]. Für die Nebenintervention besteht in den bei den Landgerichten oder höheren Gerichten anhängigen Prozessen Anwaltszwang (§ 74); im Verfahren vor den Amtsgerichten kann sie zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt und das Protokoll zugestellt werden (§§ 457, 458, 462).

Wegen Angabe des „Interesses" vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. III zu § 63. — Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124. — Wird mit der NJ. eine andere Prozeßhandlung, z. B. Einlegung des Einspruchs oder eines Rechtsmittels, verbunden, so muß natürlich der darauf bezügliche Teil des Schriftsatzes den dafür geltenden Vorschriften entsprechen.

Die Erklärung der NJ. in der mündlichen Verhandlung ist nicht ordnungsmäßig. Vgl. jedoch Bem. 2.

2. Die Vorschriften des § 67 über die Form der NJ. sind sog. dispositives Prozeßrecht. Die Hauptparteien können auf deren Beobachtung verzichten; das Gericht kann eine NJ. nicht wegen Verstoßes wider § 67 zurückweisen, ohne daß der Verstoß von einer Partei gerügt wird, selbst dann nicht, wenn die Interventionsbefugnis aus Gründen des materiellen Rechts bekämpft wird [vgl. Francke a. a. O. S. 77 ff., Wach I S. 632, 635, RG. 15. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 109 S. 397. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 371 ff., 380]. Das Rügerecht der Parteien kann nach § 267 präkludiert werden. [AM. Gaupp I S. 543 N. 14]. Wird die Formwidrigkeit der NJ. rechtzeitig (§ 267) gerügt, so ist die NJ. zurückzuweisen.

§ 68.

Über den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Solange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

Mot. S. 80, 89. KPr. S. 26, 512.

1. Zu Abs. 1: a) Beantragt keine der Parteien die Zurückweisung der Nebenintervention, so bedarf es keiner Entscheidung über deren Zulässigkeit; der Intervenient kann sich am Prozeß beteiligen. Jede der Hauptparteien ist befugt, die Zurückweisung der Nebenintervention zu beantragen. Der Antrag ist mündlich in dem Termine zur mündlichen Verhandlung zu stellen. Er kann durch Zustellung eines Schriftsatzes vorbereitet werden, notwendig ist dies nicht [vgl. Francke a. a. O. S. 82]. § 269 ist auf den Antrag nicht anwendbar; denn § 269 betrifft nicht die Anträge im Zwischenstreit (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 269). [So auch Gaupp I S. 165. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Wach I S. 654, Francke a. a. O. S. 52]. Der Antrag kann in jedem Prozeßstadium gestellt werden. Dem Antrage ist jedoch keine Folge zu geben, d. i. die Zulässigkeit der Intervention ist auszusprechen, wenn der Antragsteller auf die Befugnis zum Widerspruch gegen die Intervention bereits verzichtet hat. Dieser Verzicht kann daraus sich ergeben, daß die Partei mit dem Intervenienten, ohne die Zulässigkeit der Intervention zu beanstanden, mündlich verhandelt hat [vgl. Gaupp I S. 165, Francke S. 81, Wach I S. 645.] Wegen Präklusion des Rechts, wegen eines Formfehlers die Zurückweisung der NJ. zu beantragen, s. Bem.

Digitized by Google

Nr. 2 zu § 67. Wer jemanden den Streit verkündet, verzichtet damit auf die Befugnis, die Zulässigkeit der Intervention aus anderen Gründen als wegen Nichtbeachtung des § 67 zu beanstanden; denn die Streitverkündung ist Einladung zur Intervention.

b) Wird der Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gestellt, so entsteht ein Zwischenstreit zunächst zwischen dem Intervenienten und dem Antragsteller. In diesem Zwischenstreit kann sich die Hauptpartei, die nicht Antragsteller ist, auf dessen Seite oder auch des Intervenienten stellen; sie braucht sich aber nicht zu beteiligen. In jedem Falle erfolgt einheitliche, für alle Parteien bindende Entscheidung über die Zulässigkeit der Nebenintervention. Der Nebenintervenient ist im Zwischenstreite nicht zur Kostenkaution nach § 102 verpflichtet, weil er nicht Kläger ist [vgl. Francke a. a. O. S. 84].

c) Über den Zwischenstreit ist vor dem Gerichte erster oder höherer Instanz, wo der Hauptprozeß anhängig ist, mündlich zu verhandeln. Besonderer Terminsbestimmung bedarf es nicht; denn die Verhandlung findet im Termine zur Verhandlung über den Hauptstreit statt. Für die mündliche Verhandlung vor den Land- und höheren Gerichten besteht Anwaltszwang. An der Verhandlung können sich der Intervenient und beide Parteien, nicht bloß der Antragsteller, beteiligen. Wird das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten bestritten, so hat er es nach den Vorschriften des § 266 glaubhaft zu machen. Natürlich bedarf es weiterer Glaubhaftmachung nicht, wenn sich das Vorhandensein des Interesses schon bei der mündlichen Verhandlung herausstellt. Nach Umständen kann die Streitverkündung genügen, um das Interesse glaubhaft zu machen; doch überhebt sie nicht stets den Intervenienten der Verpflichtung zur Glaubhaftmachung seines Interesses, wenn dieses von der anderen Hauptpartei bestritten wird [vgl. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480]. Auch gegen den Willen der Partei, zu deren Unterstützung der Nebenintervenient beitreten will, kann die Intervention zugelassen werden. — Für die Verhandlung über die Zulässigkeit der Intervention gelten die Regeln des Versäumnisverfahrens nicht; § 312 betrifft nur Zwischenstreite unter den Parteien. Ist der Intervenient in dem Termine, in dem eine Partei Widerspruch gegen die Intervention erhebt, nicht erschienen, so ist nicht etwa die Intervention schlechthin zurückzuweisen, sondern es ist deren Zulässigkeit auf Grund der Interventionsschrift und des mündlichen Vorbringens der Hauptparteien zu prüfen und, je nachdem sich daraus die Zulässigkeit ergiebt oder nicht, über die Intervention zu entscheiden. Der Dritte ist also nur mit der näheren Begründung und Glaubhaftmachung seines Interesses ausgeschlossen [vgl. Francke a. a. O. S. 90]. Ist eine der Hauptparteien nicht erschienen, so kann nur ein Antrag der erschienenen Hauptpartei Veranlassung zur Verhandlung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Intervention geben. Ist keine der Hauptparteien, sondern nur der Nebenintervenient erschienen, so braucht nicht über Zulässigkeit der Nebenintervention entschieden zu werden; denn der Antrag auf Zurückweisung müßte in der Verhandlung gestellt werden. [Unrichtig Francke a. a. O. S. 90, der Ausschließung des Antrags und dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (!) zulassen will.]

d) Die Entscheidung erfolgt durch Zwischenurteil. Das Zwischenurteil lautet auf Zulassung oder auf Zurückweisung der NI. In dem Zwischenurteile ist über die Kosten des Zwischenstreits zu erkennen. Wird die NI. zugelassen, so ist die widersprechende Partei, anderenfalls der Intervenient in die Kosten nach Maßgabe des § 87 zu verurteilen.

2. Zu Abs. 2: Gegen das die NI. zulassende Zwischenurteil kann jede Hauptpartei, die sich nicht mit dem Beitritte des Intervenienten einverstanden erklärte, gegen das die NI. zurückweisende Zwischenurteil kann nur der Intervenient sofortige Beschwerde (§ 540) erheben, nicht auch die Hauptpartei, die sich für die Zulassung erklärte; denn sie kann den

Digitized by Google

Intervenienten nicht zur Intervention nötigen. Über die Beschwerde ist nach den Regeln der §§ 531 ff. zu entscheiden; die mündliche Verhandlung ist also fakultativ. Mit der Beschwerde kann auch die mit dem Zwischenurteile verbundene Entscheidung über den Kostenpunkt angefochten werden, nicht aber die mit dem Urteile zur Hauptsache verbundene Entscheidung über die Kosten der NJ. [RG. 26. Sept. 1887 Entsch. XIX Nr. 83, S. 413]. — Ist das Zwischenurteil in einem in der Revisionsinstanz anhängigen Prozesse erlassen, so ist mangels einer höheren Instanz keine Beschwerde möglich. Mit Einspruch, Berufung, Revision kann das Zwischenurteil nicht angefochten werden, auch nicht, wenn die Entscheidung mit einem Endurteile äußerlich verbunden ist [RG. 19. Febr. 1886 Entsch. XV Nr. 115 S. 413, 3. Mai 1887 XVIII Nr. 26 S. 140]. Das zurückweisende Zwischenurteil schließt nicht aus, daß dieselbe Person, gestützt auf andere Gründe, die NJ. wiederhole [vgl. RG. 13. Febr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 79 S. 342]. — Wegen der Gebühren für Verhandlung und Entscheidung über Zulässigkeit der Nebenintervention s. GKG. §§ 27 Nr. 1, 39; GO. f. RA. §§ 33 Nr. 1, 29 Nr. 2.

3. Zu Abs. 3: Solange kein Antrag auf Zurückweisung gestellt oder nicht darüber entschieden oder die Entscheidung nicht rechtskräftig ist, darf der Nebenintervenient alle Rechte eines solchen ausüben. Wird nachher die Unzulässigkeit der NJ. ausgesprochen, so werden die von dem Nebenintervenienten für die unterstützte Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen bedeutungslos [vgl. Wach I S. 636, OLG. Hamburg cit. in SA. XLIII Nr. 282 S. 461.]

§ 69.

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

Mot. S. 89, 90. KPr. S. 26, 512.

1. Litteratur: Wetzell Syst. § 7 N. 27 a ff., Renaud Lehrb. S. 105, Bolgiano Handb. S. 233, Fuchs Litisdenunziation (1856), Francke Nebenparteien § 17, Wach I § 59.

2. Streitverkündung (litis denunciatio) ist die von einer Partei an einen Dritten ergehende Mitteilung, daß ein bestimmter Rechtsstreit anhängig sei. Die Streitverkündung kann den Zweck haben, dem Dritten zum Beitritte als Nebenintervenient oder zur Beteiligung nach Art eines Hauptintervenienten (§ 72) oder zur Übernahme des Prozesses (§ 73) Gelegenheit zu geben. Eine Streitverkündung kann mehrere dieser Zwecke verfolgen. Von der Streitverkündung mit dem Zwecke, dem Dritten Gelegenheit zur Nebenintervention zu geben, handelt der § 69.

3. Voraussetzung für die Streitverkündung des § 69 ist das Anhängigsein eines Rechtsstreits, in dem eine Nebenintervention zulässig ist; darüber vgl. Bem. Nr. 3 I zu § 62. Ferner muß eine Partei Grund haben, zu glauben, daß sie für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben könne — sie muß also eines der in Bem. Nr. 3 III litt. c zu § 63 exemplifizierten, zu Regreß berechtigenden Verhältnisse als gegeben annehmen — oder es muß die Partei für den Fall eines ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits den Anspruch des Dritten besorgen. Die Motive nennen als Beispiele der zweiten Alternative „die zahlreichen Fälle des Handelsrechts, insbesondere der Kommission, der Spedition,

Digitized by Google

des Frachtgeschäfts, der Versicherung, in denen ein Prozeß auf Gefahr und für Rechnung eines Dritten geführt wird." Es kann unerörtert bleiben, ob diese Fälle nicht schon unter die erste Alternative fallen; denn es ist zweifellos, daß die Streitverkündung in diesen Fällen zulässig ist. Jedenfalls ist die zweite Alternative nicht gegenstandlos; denn sie allein paßt auf die Fälle, in denen die Partei von einem Dritten einen Anspruch auf Entschädigung wegen mangelhafter Prozeßführung zu besorgen hat. [Vgl. Wach I S. 654.] Übrigens ist darüber, ob die Voraussetzungen zur Streitverkündung vorlagen, in dem Prozesse, worin der Streit verkündet ward, nicht zu entscheiden. Wenn der Dritte als Nebenintervenient beitreten will und sein Interventionsrecht bestritten wird, ist nur über die Interventionsberechtigung zu entscheiden. Diese kann aus anderem als dem in der Streitverkündung angegebenen Grunde vorhanden sein.

4. Eine prozessualische Pflicht zur Streitverkündung kennt die CPrO. nicht. Das in § 740 enthaltene Gebot der Sreitverkündung ist materielles Rechte (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 740). Aus dem materiellen Rechte ist zu bemessen, ob eine Partei zur Streitverkündung verpflichtet ist und welche Folge die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht. Gemeinrechtlich besteht eine *Verpflichtung* zur Streitverkündung nur in den sogenannten Eviktionsfällen, das heißt dann, wenn ein Dritter kraft besonderer Zusicherung oder kraft Gesetzes der Partei dafür haftet, daß ihr ein übertragenes Recht oder ein übertragener Besitz nicht ganz oder teilweise entwunden werde. Auf Unterlassung der Streitverkündung in Eviktionsfällen steht gemeinrechtlich die Folge, daß der zur Denunziation Verpflichtete keinen Eviktionsanspruch gegen den Dritten erheben kann (l. 53 § 1 D. de evict. 21, 2; l. 8 C. de evict. 8, 45), es wäre denn, daß der Dritte die Streitverkündung selbst unmöglich gemacht (l. 53 § 1, l. 56 §§ 5 und 6 D. eod. 21, 2) oder daß er auf die Streitverkündung verzichtet hätte (l. 63 D. eod. 21, 2) oder daß sich nachweisen ließe, daß der Prozeß auch bei Beteiligung des Dritten nicht zu gewinnen gewesen wäre (l. 53 § 1 D. eod. 21, 2; cf. l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19, 1). Auf das gleiche kommt das bay. Ausf.Ges. Art. 15 hinaus. — Die hier vorgetragene Lehre ist insofern bestritten, als mehrere Rechtslehrer [z. B. Linde CPr. § 112 Note 5, Mühlenbruch Cession 2. Aufl. S. 599 Note 193] die Streitverkündung auch in anderen als den sog. Eviktionsfällen, wo eine Regreßnahme in Frage kommt, für notwendig erachten. Wegen des preuß. LR. vgl. ALR. I 11 §§ 152, 153 ff., I 14 §§ 342, 344, 381, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 86, II § 144, Dernburg pr. PrR. II §§ 148, 245, A. Förster CPrO. N. 4 zu § 69. — Wegen des franz. Rechts s. C. c. art. 1640.

5. Die Befugnis des Litisdenunziaten zu weiterer Streitverkündung ist nicht dadurch bedingt, daß er dem Prozesse beitritt (Mot. S. 90).

§ 70.

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzuteilen.

Mot. S. 90. KPr. S. 26, 512.

1. Vgl. L. Seuffert die Formen gerichtlicher Streitverkündung Bl. f. RA. in Bay. LI S. 2 ff. — § 70 enthält Formvorschriften für die sog. *gerichtliche* Streitverkündung. Die Streitverkündung der CPrO. ist ein ohne Mitwirkung des Gerichts sich vollziehender, in diesem Sinne stets ein außergerichtlicher Akt. Gerichtliche Streitverkündung ist also die in den Formen des Prozeßgesetzes vor sich gehende Streitverkündung, zu deren Zustellung nach früherem gem. Recht allerdings die Mitwirkung des Gerichts nötig war. Verlangt

Digitized by Google

das materielle Recht eine den Regeln des Prozeßrechts entsprechende, d. i. nach der eingebürgerten Redeweise die gerichtliche Streitverkündung, so greift § 70 ein. Sollte nach den Vorschriften des materiellen Rechts eine von den Regeln des Prozeßrechts entbundene (eine in diesem Sinne außergerichtliche) Streitverkündung genügen, so hat es hierbei sein Bewenden. Übrigens ist davon auszugehen, daß das materielle Recht stets die gerichtliche Streitverkündung fordert.

2. Wesentlicher Inhalt des Schriftsatzes ist: a) die Mitteilung, daß ein bestimmter, durch Bezeichnung der Parteien und des Streitgegenstandes zu kennzeichnender Prozeß bei dem Gerichte anhängig sei und daß dieser Prozeß sich in der und der Lage befinde — z. B. daß ein Beweisbeschluß dieses Inhalts erlassen, daß ein Urteil dieses Inhalts gefällt und daß dagegen Berufung ergriffen sei. Weder Ladung [s. RG. 3. Nov. 1880 Entsch. IV Nr. 99 S. 363 u. 13. Nov. 1883 X Nr. 84 S. 292] noch abschriftliche Mitteilung der bisherigen Schriftsätze und Entscheidungen oder Darstellung des Inhalts der bisherigen Verhandlungen gehört zur Streitverkündung. Der Litisdenunziat hat das Recht der Akteneinsicht (§ 271), kann sich also selbst über die Lage des Prozesses informieren. b) Die Angabe der Veranlassung zur Streitverkündung, d. i. des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Legisdenunziant glaubt für den Fall des ihm ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erheben zu können oder den Anspruch des Dritten besorgt.

3. Der Schriftsatz unterliegt, wenn der Prozeß bei einem Land- oder höheren Gerichte anhängig ist, dem Anwaltszwange; denn die gerichtliche Streitverkündung gehört zum gerichtlichen Verfahren. Im amtsgerichtlichen Prozesse kann die Streitverkündung entweder durch Zustellung eines Schriftsatzes oder durch Zustellung eines Gerichtsschreiberprotokolls, in das der wesentliche Inhalt (s. Bem. 2) aufgenommen ist (§ 462), erfolgen. — Die Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze (§§ 119—124) gelten nicht für die Streitverkündung, da diese kein vorbereitender Schriftsatz ist. — Für die Zustellung des Schriftsatzes oder Protokolls gelten die Vorschriften der §§ 156 ff. Formlose Mitteilung nach § 463 Abs. 2 genügt auch im amtsgerichtlichen Prozesse nicht. Die Vorschriften des § 70 gelten auch für die Streitverkündung nach § 72 und § 73.

4. Über die Ordnungsmäßigkeit einer Streitverkündung ist in dem Prozesse, worin der Streit verkündet wird, nicht zu entscheiden, sondern nötigenfalls erst in dem etwa nachfolgenden Prozesse zwischen dem Denunzianten und dem Denunziaten. In diesem Prozesse ist ein Mangel in der Form der Streitverkündung nicht von Amtswegen, sondern nur auf Parteirüge zu beachten.

5. Wegen einer Streitverkündung findet keine Aussetzung des Rechtsstreits statt (Mot. S. 90).

§ 71.

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitritt, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war.

Mot. S. 90—92. Mat. S. 26—29, 512.

Digitized by Google

1. Dem Dritten wird durch die Streitverkündung Gelegenheit gegeben, durch Beteiligung am Prozesse seine Interessen wahrzunehmen. Der Gegner des Denunzianten hat das Recht, dem Beitritt des Litisdenunziaten zu widersprechen (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 68). Im Falle des Widerspruchs ist nach § 68 zu verfahren (Mot. S. 91).

2. Dem Denunziaten kann keine Frist zum Beitritt gesetzt werden. Er kann in jeder Lage des Rechtsstreits beitreten (vgl. § 63). Auch wenn der Denunziat den Beitritt zunächst ablehnte, bleibt er, wenn die Voraussetzungen der Nebenintervention vorliegen, berechtigt, dem Prozesse später beizutreten (Mot. S. 91).

3. Der Beitritt des Denunziaten ist kein Anerkenntnis, daß der Streitverkünder einen Rückgriff gegen ihn habe. Ob aus dem Beitritte und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Regreßpflicht des Litisdenunziaten entnommen werden können, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu würdigen (Mot. S. 92, KPr. S. 26, 27).

4. Will der Denunziat dem Prozesse beitreten, so muß er den Beitritt in der durch § 67 vorgeschriebenen Form erklären [vgl. RG. 15. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 121 S. 391]. Für diese Nebenintervention gelten die Vorschriften der §§ 63—68. Der Intervenient kann in die Stellung eines Intervenienten nach § 64 oder nach § 66 treten, je nachdem die Voraussetzung des § 66 fehlt oder vorliegt.

5. Sowohl im Falle des Beitritts, wie auch dann, wenn der Beitritt abgelehnt oder eine Erklärung nicht abgegeben wird, kommen mit dem in § 71 enthaltenen Abmaße die Vorschriften des § 65 zur Anwendung; d. h. der Denunziat wird im Verhältnis zu dem Denunzianten mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie er dem Richter vorgelegen, unrichtig entschieden worden sei; er wird mit der Behauptung, daß der Litisdenunziant den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch Lage des Rechtsstreits zu der Zeit, da sein Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war, oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. Diese Wirkungen der Streitverkündung betreffen nur das Verhältnis zwischen dem Denunzianten und dem Denunziaten.

6. Über die Frage, ob die Streitverkündung nach preuß. R. die Verjährung der Regreßklage unterbreche, vgl. Eccius (Förster) pr. PrR. I § 57 N. 55, Koch Komm. z. ALR. VIII Aufl. I S. 619, Struckm. Koch N. 1 zu § 239 (verneinend) — Dernburg pr. PrR. I § 168 II § 148, Rehbein und Reincke pr. LR. N. 163 zu § 551 I 9, A. Förster N. 4 zu § 71 (bejahend). Dieser Ansicht dürfte aus den von A. Förster angegebenen Gründen beizutreten sein. Nach gem. R. und franz. R. wird die Klagenverjährung durch Streitverkündung nicht unterbrochen [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 84 S. 291 f.]. Daß die in WO. § 80 enthaltene Bestimmung, wonach die Streitverkündung die Verjährung unterbricht, nicht aufgehoben ist, folgt aus EG. z. CPrO. § 13 [vgl. RG. Entsch. X Nr. 84 S. 293].

7. Die Kosten der Streitverkündung zahlt zunächst der Denunziant. Wird der Gegner in die Prozeßkosten verurteilt, so ist nach § 87 zu entscheiden, ob die Kosten der Streitverkündung zum Ersatze kommen. Dem Denunziaten entstehen durch die Streitverkündung überhaupt keine Kosten, wenn er nicht interveniert. Über Verpflichtung des Denunzianten zum Kostenersatz bei ordnungswidriger Denunziation vgl. Entsch. IV S. 364 und VI S. 392.

§ 72.

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend

Digitized by Google

gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt, der Streit verkündet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreite unter Verurteilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurteilen.

KPr. S. 27, 28, 512—514, 657—659.

1. Der § 72 ist in der JK. d. RT. auf Antrag des Abg. Dr. Bähr eingefügt worden. Er ist dem § 31 des kurhess. CPrGes. v. 28. Okt. 1873 nachgebildet, weicht aber in verschiedenen Punkten von seinem Vorbilde ab. Litteratur: Kühne Jahrb. f. Dogm. XVII S. 1 ff., 174 ff., Jeß eod. XVII S. 158 ff., C. Schmidt Zeitschr. f. d. CPr. I S. 104 ff., besonders S. 123, 125, Petersen Beitr. z. Erl. d. DR. XXV S. 534 ff., Kroll Klage und Einrede S. 199, Weismann Hauptintervention S. 171 N. 6, Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 489 ff., Schlodtmann Zeitschr. f. d. CPr. XIII S. 293 ff., Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 526 ff.

2. Zur Anwendung der Dispositive des § 72 „so ist der Beklagte auf seinen Antrag — aus dem Streite zu entlassen und der Rechtsstreit — fortzusetzen" wird erfordert:

a) daß jemand wegen einer Forderung auf Leistung von vertretbaren Sachen verklagt ist. Die Beschränkung auf Forderungen, deren Gegenstand vertretbare Sachen sind, ergiebt sich aus dem mehrfachen Gebrauche des Wortes „Betrag" in § 72. Von „Betrag" spricht man nicht bei Forderungen, deren Gegenstand spezielle Sachen oder Rechte sind. Andererseits ist kein Grund zur Beschränkung auf Geldforderungen ersichtlich [diese Beschränkung vertreten Endemann I S. 355, Kleiner I S. 364. Dagegen Petersen a. a. O. S. 541]; denn „Betrag" paßt auch auf Quantitäten anderer vertretbarer Sachen. — Die Klage muß auf Leistung (Gegensatz: Feststellung) erhoben sein, sonst paßt die Hinterlegung nicht zum Klagantrage;

b) daß ein Dritter die eingeklagte Forderung gerichtlich oder außergerichtlich, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt. Die Forderung, die der Dritte für sich in Anspruch nimmt, muß mit der eingeklagten Forderung identisch sein in dem Sinne wie bei der Hauptintervention um Forderungsrecht, vgl. Bem. Nr. 3 litt b β zu §§ 61, 62;

c) daß der Beklagte dem Dritten den Streit verkündet hat. Für die Streitverkündung gilt § 70;

d) daß der Dritte in den Streit eintritt. Es ist zweifelhaft, wie dieses Eintreten beschaffen sein muß. Der Dritte ist berechtigt zur Hauptintervention nach § 61; aber auch zur Nebenintervention, weil das Urteil in dem Hauptprozesse als Beweisgrund gegen ihn verwertet werden könnte (vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. III litt. b zu § 63). Fordert der § 72 Eintritt durch Hauptintervention [so, wie es scheint, Wach Vorträge S. 83 Note], so ist Klage gegen beide Parteien des Hauptprozesses bei dem Gerichte erster Instanz nötig. Dagegen spricht, daß § 72 nicht von zwei Prozessen, sondern von einem redet; auch paßt der Gebrauch der Worte „in den Streit eintreten" nicht ganz auf Hauptintervention, denn mit der Klagerhebung tritt der Hauptintervenient nicht in den Erstprozeß ein, sondern beginnt einen

Digitized by Google

neuen Prozeß. Fordert § 72 den Eintritt als Nebenintervenient [so A. Förster N. 1 litt. c zu § 72], so muß die Form des § 67 gewahrt werden; es kann ein Zwischenstreit nach § 68 entstehen; der Dritte ist bis zur Entlassung des Beklagten aus dem Streit nur Nebenpartei im Sinne des § 64. Gegen diese Auslegung spricht, daß der § 72 ein über die Rolle des Nebenintervenienten hinausgehendes Antragstellen in der Richtung gegen den Beklagten vorauszusetzen scheint; auch paßt der Ausdruck „eintreten" nicht, denn das Gesetz spricht in §§ 67 und 71 von „Beitritt" des Nebenintervenienten. Befriedigt keine dieser Auslegungen, so bleibt nur übrig, den Eintritt des Dritten im Falle des § 72 als eine eigentümliche Art der Beteiligung an dem Prozesse zu betrachten, die der Hauptintervention näher als der Nebenintervention steht [vgl. Weismann a. a. O. u. Gaupp I S. 171]. Wie der Hauptintervenient muß der Dritte beantragen, daß der Beklagte verurteilt werde, an ihn zu zahlen, und daß dem Erstkläger gegenüber festgestellt werde, daß er, der Dritte, der Forderungsberechtigte sei. Dieser Antrag ist aber nicht in einer bei dem Gerichte erster Instanz zu erhebenden Interventionsklage und auch nicht durch Zustellung eines dem § 67 entsprechenden Schriftsatzes, sondern in dem Termine zur mündlichen Verhandlung zu stellen. [Vgl. Kohler a. a. O. S. 491.] Der Antrag kann durch einen Schriftsatz vorbereitet werden. Der Eintritt liegt aber erst in der Antragstellung im Termine. Der Antrag kann nur gestellt werden, wenn die beiden Parteien in dem Termine erschienen sind (der Grund ist derselbe, aus dem eine Widerklage nicht in Abwesenheit des Klägers erhoben werden kann; vgl. Bem. Nr. 7 zu § 33); die Antragstellung bewirkt Rechtshängigkeit bezüglich der erhobenen Ansprüche wie eine Klagestellung, jedoch nur unter der Bedingung, daß die Entlassung des Beklagten und die Fortsetzung des Rechtsstreits unter den Gläubigern erfolgt. [Ähnlich Petersen und Weismann a. a. O. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 72.] Zweifelhaft ist, ob Eintritt ohne vorherige Streitverkündung die Wirkungen des § 72 haben kann. Wenn die Parteien dem Dritten diesen Eintritt nicht wehren, ist die Frage wohl zu bejahen; andernfalls steht dem Dritten ohne Streitverkündung nicht diese eigentümliche Art der Beteiligung, sondern nur die normale Hauptintervention (§ 61) offen. Die Zulässigkeit des Eintritts des Dritten ist übrigens erst zu prüfen, wenn der Beklagte den Antrag auf Entlassung (s. u. Bem. Nr. 3) gestellt hat;

e) daß der Beklagte den Betrag der Forderung, soweit sie von dem Dritten für sich in Anspruch genommen ist, in Hauptsache und Nebensache (natürlich ohne die Prozeßkosten) gerichtlich hinterlegt. Ob die Hinterlegung ausführbar, welches Gericht zur Annahme zuständig, wie bei der Hinterlegung zu verfahren ist, bemißt sich nach dem Landesrechte. Für Preußen nach Hinterl.-Ordn. v. 14. März 1879 (GS. S. 249). Wenn nach dem Landesrechte die Hinterlegung bei einer mit publica fides versehenen Person, z. B. bei einem Notar, der gerichtlichen Hinterlegung gleichgestellt ist, so ist die Hinterlegung bei einer solchen Person der gerichtlichen auch im Falle des § 72 gleichzuachten.

3. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so kann der Beklagte im Termine zur mündlichen Verhandlung, in dem sowohl der Kläger wie auch der Dritte erschienen sind (s. o. Bem. Nr. 2 litt. c), beantragen, ihn aus dem Streite zu entlassen. Nimmt der Dritte die Forderung nur teilweise für sich in Anspruch, so kann nur die Entlassung bezüglich des Teils verlangt werden. Über den Antrag ist unter den drei Parteien zu verhandeln. Die Entscheidung kann lauten entweder auf Abweisung des Antrags wegen Mangels der Voraussetzungen (Zwischenurteil) oder auf Entlassung des Beklagten aus dem Streite. Bestritten ist, ob diese Entscheidung ein Endurteil [so Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1 S. 119, Gaupp I S. 173 N. 12 und die anderen Kommentare sowie Petersen a. a. O. S. 557, Kohler a. a. O. S. 491 (Teilurteil), Planck I § 76 N. 43] oder ein Zwischenurteil ist [so Wach

Digitized by Google

Vortr. S. 83, Schollmeyer Zwischenstreit S. 102]. Die Erwägung, daß der Prozeß in der Hauptsache in der Richtung gegen den ursprünglichen Beklagten mit dessen Entlassung aus dem Streite zu Ende ist, dürfte, obgleich erst in dem im Prozesse unter den Prätendenten ergehenden Endurteile darüber entschieden werden kann, wer dem aus dem Prozesse entlassenen Beklagten die Kosten zu erstatten hat, für die Eigenschaft als Endurteil den Ausschlag geben. Wäre die Entscheidung Zwischenurteil, so würde sie erst durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden können; ist sie selbst Endurteil, so ist sie selbständig anfechtbar. — Bei der Entlassung ist der Beklagte zur Bezahlung der Kosten an den Kläger zu verurteilen, die durch seinen unbegründeten Widerspruch, d. i. durch Widerspruch gegen das Bestehen der Schuld, veranlaßt sind. Hat der Beklagte von Anfang an das Bestehen der Schuld eingeräumt und nur mit Rücksicht auf die Prätension des Dritten die Legitimation des Klägers in Frage gestellt, so scheidet er kostenfrei aus.

4. „Der Rechtsstreit — ist fortzusetzen ꝛc." Das Gesetz verlangt keine neue Klagerhebung, sondern behandelt den Dritten als prozessualischen Nachfolger des ursprünglichen Beklagten, während der ursprüngliche Beklagte allerdings bezüglich seines Anspruchs auf Kostenerstattung an dem fortzusetzenden Prozesse beteiligt ist und insoweit noch als Partei erscheint. [Ähnlich Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 849 f. Dagegen bestreiten die Nachfolge Wach Vortr. S. 83, Schollmeyer Zwischenstreit S. 102.] Infolge des Personenwechsels ändern sich die Anträge; der Kläger verlangt nicht mehr Zahlung, sondern Zusprechung des hinterlegten Betrags; der eingetretene Dritte verlangt Abweisung dieses Antrags und als Widerkläger ebenfalls Zusprechung jenes Betrags. Über Klage und Widerklage ist einheitlich zu verhandeln und zu entscheiden. Das Urteil, das den hinterlegten Betrag einer der Parteien zuspricht, ist kein bloßes Feststellungsurteil [vgl. Weismann Feststellungsklage S. 145, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 413 f.]. Der Unterliegende kann verurteilt werden, Prozeßzinsen aus dem hinterlegten Betrage zu zahlen [RG. 21. März 1885 SA. XL Nr. 241]. In dem Endurteile ist über die Kosten des Prozesses zu entscheiden, die nicht schon bei der Entlassung des ursprünglichen Beklagten diesem auferlegt sind. Die Kostenentscheidung betrifft sowohl den Anspruch des ursprünglichen Beklagten auf Kostenerstattung, als auch die wechselseitigen Kostenansprüche des Klägers und des neuen Beklagten. Über diese Kosten ist nach allgemeinen Regeln zu entscheiden. Doch gilt die Besonderheit, daß der in der Hauptsache Unterliegende, auch wenn dies der neue Beklagte ist, zur Kostenerstattung an den aus dem Prozesse entlassenen Erstbeklagten verurteilt wird. Wegen seines Anspruchs auf Kostenerstattung kann sich der ursprüngliche Beklagte noch an dem Prozesse beteiligen; aber er kann nicht in die Verhandlung zur Hauptsache eingreifen. Das Urteil kann von dem Kläger und von dem eingetretenen neuen Beklagten angefochten werden, nicht aber von dem ursprünglichen Beklagten. Denn bezüglich der Hauptsache ist dieser nicht mehr Partei, kann also auch kein Rechtsmittel ergreifen, und bezüglich der Kostenentscheidung ist ein selbständiges Rechtsmittel durch § 94 ausgeschlossen.

5. Auf Forderungen, die durch Widerklage erhoben sind, findet § 72 entsprechende Anwendung. Der Widerbeklagte ist aus dem Widerklageprozesse zu entlassen. [Vgl. Wilm. Levy (6) N. 1 (S. 131 f.), Gaupp I S. 171, Petersen Beitr. XXV S. 542 ff. und Komm. (2) S. 142, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 76. AM. Struckm. Koch N. 2.] Auf Forderungen, die compensando geltend gemacht werden, ist § 72 nicht anwendbar, weil die Kompensationseinrede nicht die Rechtshängigkeit bewirkt; s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 136. [AM. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 95 f.]

6. In § 72 ist nicht bestimmt, daß die hiernach geschehene gerichtliche Hinterlegung die Wirkung der Zahlung habe. In dem in Bem. Nr. 1 erwähnten kurhess. Gesetze war

Digitized by Google

die befreiende Wirkung ausdrücklich ausgesprochen. Ob der Hinterlegung diese Wirkung zukommt, ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu entscheiden (KPr. S. 658). [Zustimmend: Struckm. Koch § 72 N. 2, Gaupp I S. 172 f., Hellmann Komm. I S. 256, Endemann I S. 356, 357, v. Bülow S. 43, 44, Kühne a. a. O. S. 59 ff., Jeß a. a. O. S. 158 ff., C. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. I S. 104 ff., Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 532. AM. Wilm. Levy N. 1, Puchelt I S. 281 und Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 246 ff., die der Hinterlegung nach § 72 eine vom bürgerlichen Recht unabhängige befreiende Wirkung beilegen]. Gemeinrechtlich ist der Schuldner bei Ungewißheit des Gläubigers zur gerichtlichen Hinterlegung befugt; die Deposition befreit ihn von der Schuld (l. 1 §§ 36, 37 D. dep. 16, 3, l. 18 § 1 D. de usur. 22, 1; vgl. Windscheid Pand. II § 347). Ungewißheit des Gläubigers wird in dem Falle des § 72 regelmäßig vorhanden sein. [Eine unhaltbare Unterscheidung zwischen sog. subjektiver, auf Rechtsunkenntnis des Schuldners beruhender und objektiver Ungewißheit macht Kühne a. a. O.; dagegen Jeß a. a. O.] Immerhin ist denkbar, daß die Voraussetzungen des § 72 gegeben sind, ohne daß Ungewißheit vorliegt, z. B. wenn der Schuldner mit dem Dritten, von dem er weiß, daß er kein Recht auf die eingeklagte Forderung hat, kolludiert, um zur Hinterlegung zu gelangen. Eine gemäß § 72 erfolgende Hinterlegung bewirkt also nach gem. Rechte die Schuldtilgung, wenn der Schuldner thatsächlich über die Gläubigerstellung des Prätendenten in Ungewißheit sich befindet [vgl. a. ROHG. Entsch. XXIV S. 314 ff., SA. XXXV Nr. 111, „der Streit mehrerer Forderungsprätendenten begründet noch nicht das Recht des Schuldners, sich durch Deposition zu liberieren"]. — Wegen des preuß. R. s. Eccius (Förster) pr. PrR. I § 92, Dernburg pr. PrR. II § 99, Kühne a. a. O. S. 49 ff., Schmidt a. a. O. S. 137 ff.

§ 73.

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

Mot. S. 92—95. KPr. S. 29, 514.

Litteratur: Bethmann-Hollweg Verf. S. 59, Wetzell (Syst.) S. 54 ff., Briegleb Einl. i. d. Theorie d. summ. Prozesse S. 278 ff., Renaud Lehrb. S. 112, Linde Abhandl. I S. 125, Mittermaier Arch. f. c. Pr. III S. 399, Gensler eod. S. 421 ff., Wirfing über das Wesen und die proz. Natur der n. a. (1848), Windscheid I § 196 N. 6, Kannengießer die prozeßhindernde Einrede ein Beitr. z. L. v. d. n. a. (1878), Rumpelt z. L. v. d. Urheberbenennung

Digitized by Google

Sächs. Ztschr. N. F. XLVI S. 1 ff., Bolgiano Handb. S. 245 ff., Krug Ztschr. f. d. CPr. XX S. 299 ff. Vgl. a. Petersen Ztschr. f. d. CPr. I S. 108, II S. 521, III S. 205, Osterloh eod. III S. 88.

1. Die sog. nominatio (laudatio) auctoris hat sich gemeinrechtlich im Anschluß an die l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 von Konstantin entwickelt. [Wieding der Justin. Libellprozeß § 29 und Schultze PrivR. und Prozeß I S. 571 N. 2 behaupten, daß diese Konstitution mit der n. a. nichts zu thun habe.]

Preuß. Recht s. ALR. I 1 §§ 165, 166, I 15 §§ 11 ff., franz. Recht s. C. c. art. 1727.

Eine Änderung des § 73 und ein Zusatz § 73a ist im Entw. II e. BGB. Anm. zu § 916 in Aussicht genommen.

2. Die Urheberbenennung setzt voraus, daß eine Klage — dingliche Klage (rei vindicatio, a. Publiciana, a. confessoria, negatoria, a. hypothecaria) oder persönliche Klage (z. B. a. quod metus causa gerichtet auf Restitution) — gegen den alieno nomine possidens (den unvollständigen Besitzer des pr. ALR.), z. B. den Nießbraucher, Pächter, Mieter, Depositar, Entleiher, Pfandnehmer, einer beweglichen oder unbeweglichen Sache und zwar gegen ihn als Besitzer erhoben ist. [Vgl. RG. 14. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 42 S. 139, wo ausgesprochen ist, daß die actio spolii, weil nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet, keinen Anlaß zur nom. auct. bietet.] Ob die betreffende Klage nach materiellem Rechte gegen den Detentor gerichtet werden darf, ist eine Frage für sich. Die nominatio auctoris setzt die Passivlegitimation des Beklagten voraus. Auf den Rechtsbesitz finden die Vorschriften des § 73 entsprechende Anwendung.

3. Die Prozeßhandlung „Urheberbenennung" setzt sich zusammen aus a) Streitverkündung nach Maßgabe des § 70; b) Ladung des Auktors zum Verhandlungstermine nach Maßgabe der §§ 191—193, 457, 458, 462 unter Zustellung eines Schriftsatzes, worin der Dritte aufgefordert wird, sich darüber zu erklären, ob er die Behauptung des Beklagten, in seinem (des Dritten) Namen zu besitzen, zugestehe und ob er den Streit übernehmen wolle. Im Anwaltsprozesse ist damit die Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu verbinden (§ 192). c) Benennung des Auktors an den Kläger entweder durch Schriftsatz oder durch mündliche Erklärung in der Verhandlung. Fehlt es an einer dieser Handlungen, so liegt keine vollständige Urheberbenennung vor. Wenn aber der Auktor ohne Streitverkündung und Ladung im Termine erscheint und sich zur Übernahme des Prozesses bereit erklärt, so kann der Kläger die Zulässigkeit dieser Übernahme nicht aus dem Grunde bestreiten, daß Streitverkündung und Ladung fehle; denn darauf kann der Auktor verzichten [vgl. RG. 30. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 79 S. 394].

Die Urheberbenennung kann nur vor der ersten Verhandlung (über „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298) des Beklagten zur Hauptsache (über „Hauptsache" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 39) geschehen. Die Unterlassung der n. a. in dem bezeichneten Prozeßstadium hat zur Folge, daß die Befugnis zur n. a., nicht bloß die Befugnis zur Einlassungsverweigerung, präkludiert wird (vgl. nordd. Entw. § 122, nordd. Prot. S. 175). Eine Streitverkündung in späterem Stadium hat nicht die Wirkungen des § 73. Natürlich kann der Auktor bei verspäteter n. a. den Prozeß übernehmen, wenn beide Parteien damit einverstanden sind.

Die n. a. hat mit den prozeßhindernden Einreden des § 247 die Präklusion durch Einlassung zur Hauptsache und die Befugnis zur Einlassungsverweigerung gemein; sie ist aber keine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247; die Bestimmungen der §§ 247 Abs. 1, 3, 248, 465 sind auf die n. a. nicht anwendbar.

4. Wirkungen der ordnungsmäßigen Urheberbenennung. Der Beklagte

Digitized by Google

kann bis zu der Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, auf den der Benannte geladen ist, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern. Die ferneren Wirkungen sind verschieden je nach folgenden Eventualitäten:

a) Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten, daß er Detentor für den Benannten sei oder erklärt er sich bis zum Schlusse des Verhandlungstermins nicht, so erhält der Beklagte die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen. Das „dem Klagantrage genügen" besteht, wenn der Antrag auf Besitzüberlassung gerichtet ist, in dem Aufgeben der Detention; wenn eine Servitut geltend gemacht ist, in der Gestattung der Ausübung dieser Servitut ꝛc. ꝛc. Ein Versäumnisurteil gegen den Benannten findet nicht statt. Die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen, wird überhaupt nicht vom Gericht festgestellt. Macht der Beklagte von dieser Befugnis Gebrauch, so kann der Benannte ihm nicht zum Vorwurfe machen, daß er dem Klagantrage nicht entgegen getreten sei. Der Prozeß gegen den ursprünglichen Beklagten wird, wenn der Kläger befriedigt wird, erledigt durch Urteil über die Kosten; wenn Befriedigung bezüglich der Hauptsache nicht erfolgt, der klägerische Anspruch aber anerkannt wird, durch Urteil nach § 278; wenn der Beklagte sich passiv verhält, durch Versäumnisurteil gegen den Beklagten nach § 296. Der Beklagte kann aber auch dem Klagantrage widersprechen und den Prozeß zur Entscheidung fortführen. Weder die CPrO. noch das gem. Recht statuiert die Rechtskraft des gegen den Beklagten ergangenen Urteils in der Richtung gegen den auctor nominatus. Wenn dieser klagend gegen den Kläger auftritt, kann ihm die exc. rei iud. nicht entgegengehalten werden. Über die Frage, ob die Bestimmung der preuß. AGO. I 17 § 39, daß der passiv bleibende auct. nom. dem Urteil nichts entgegensetzen könne, noch gelte, vgl. Basch Allg. GO. S. 39, Rehbein Reincke N. 14 zu ALR. I 15 § 11 (bejahend); dagegen Eccius (Förster) pr. PrR. III § 180 N. 95, Dernburg pr. PrR. I § 246, A. Förster N. 4 zu § 73, Gaupp I S. 178 N. 11. Die zweite Ansicht ist die richtige.

b) Erscheint der Benannte in der mündlichen Verhandlung und erklärt er, daß die Behauptung des Beklagten richtig sei, so ist er befugt, an Stelle des Beklagten in den Prozeß einzutreten, vorausgesetzt, daß dieser damit einverstanden ist. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als er Ansprüche gegen den Beklagten geltend macht, die unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt. Nach den Motiven ist hierunter namentlich der Anspruch auf die causa rei zu verstehen. — Verweigert der Beklagte oder, insoweit die Zustimmung des Klägers erforderlich ist, dieser die Zustimmung, so geht der Prozeß gegen den ursprünglichen Beklagten weiter. — Macht der nominatus, obwohl er anerkennt, daß der Beklagte in seinem Namen besitzt, von der Befugnis zur Prozeßübernahme keinen Gebrauch, so entsteht zwar für den Beklagten nicht die Befugnis, dem Klagantrage zu genügen; aber gegen die Behauptung, daß der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt sei, ist er durch die Streitverkündung geschützt.

c) Übernimmt der Benannte den Prozeß, so kann der Beklagte beantragen, daß er „von der Klage entbunden" werde. Über diesen Antrag ist mündlich zu verhandeln. Wird dem Antrage widersprochen, so ist zu prüfen, ob der Beklagte ordnungsmäßig die n. a. vollzogen und der Benannte den Rechtsstreit ordnungsmäßig übernommen hat. Ist die n. a. oder die Übernahme nicht ordnungsmäßig, so ist der Antrag auf Entbindung von der Klage abzuweisen, und der Prozeß geht gegen den ursprünglichen Beklagten weiter. Diese Entscheidung ist Zwischenurteil; dieses ist erst durch Berufung gegen das Endurteil anfechtbar. Anderenfalls ist dem Antrage stattzugeben. Diese Entscheidung ist Endurteil; dagegen ist Berufung ꝛc. zulässig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 9]. Die Ent-

Digitized by Google

bindung von der Klage (absolutio ab instantia) beendigt den Prozeß in der Richtung gegen den ursprünglichen Beklagten ohne Urteil zur Sache. Da hierbei der Kläger unterliegt, so ist er zu verurteilen, dem Beklagten die Kosten zu erstatten (§ 87). Unterliegt in dem weiteren Prozesse der nominatus, so kann dieser auch zum Ersatze der vom Kläger dem ursprünglichen Beklagten erstatteten Kosten verurteilt werden, soweit sie als notwendiger Aufwand (§ 87) erscheinen.

5. Der Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Benannten nach der Übernahme.

a) Die Übernahme des Prozesses bewirkt Nachfolge (Succession) in den Prozeß. Daher ist keine neue Klage erforderlich; die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§ 235) gehen auf den neuen Beklagten über. Der nominatus ist nicht Vertreter des früheren Beklagten, sowenig als dieser der prozessualische Vertreter des nominatus war.

b) Die in dem Rechtsstreite nach Ausscheiden des ursprünglichen Beklagten ergehende Entscheidung begründet die exceptio rei iud. auch gegen den ursprünglichen Beklagten. Daß die Entscheidung auch für ihn wirksam sei, ist im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber als Konsequenz der Rechtskraftwirkung.

c) Die Entscheidung zur Sache (Gegensatz: Entscheidung im Kostenpunkte) ist auch gegen den ursprünglichen Beklagten vollstreckbar. Da aber das Urteil nicht auf diesen, sondern auf den nominatus lautet und die Zwangsvollstreckung nach § 671 nur gegen die im Urteile oder der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichneten Personen beginnen darf, so ist zur Vollstreckung gegen den ursprünglichen Beklagten eine gegen diesen lautende Vollstreckungsklausel erforderlich, die nach Analogie der §§ 665, 666 auf Anordnung des Vorsitzenden zu erteilen ist. [Abw. Schultze in der zu § 665 cit. Schrift S. 5.]

6. Auf Widerklagen finden die Vorschriften des § 73 entsprechende Anwendung.

7. Ob der Detentor dem auctor gegenüber zur n. a. verpflichtet ist und welche Folgen sich aus der Nichterfüllung dieser Pflicht ergeben, bemißt sich nach dem bürgerlichen Recht. Gemeinrechtlich ist jeder Detentor gegenüber seinem Auktor zur n. a. verpflichtet [vgl. l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19 „debet — dominum nominare"; Wirsing a. a. O. S. 33 ff., Krug a. a. O. S. 350. AM. Linde a. a. O. S. 132, Gaupp I S. 177]. Diesem wird jener für den Schaden verantwortlich, wenn er mit Unterlassung der n. a. den Prozeß durchgeführt und verloren hat. Den Verlust des etwaigen Anspruchs gegen den Auktor hat die Unterlassung der n. a. nicht zur Folge. Dem Kläger gegenüber besteht keine Verpflichtung zur nominatio. — Wegen des preuß. Rechts vgl. ALR. I 7 §§ 165, 166, I 15 § 11, AGO. I 17 § 35. Wegen des franz. R. s. C. c. art. 1727.

8. Nach RG. z. Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 9 Abs. 4 finden die Bestimmungen des § 73 der CPrO. entsprechende Anwendung auf den Fall, daß vor oder nach Erhebung der Klage auf Löschung des Warenzeichens gegen den eingetragenen Inhaber eine Rechtsnachfolge auf dessen Seite stattgefunden hat. Der als eingetragener Inhaber Verklagte kann also seinem Rechtsnachfolger vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkünden und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung darüber laden, ob er sich als Rechtsnachfolger bekennen und den Prozeß übernehmen wolle, ꝛc. ꝛc. Bestreitet der Dritte die Rechtsnachfolge oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, die Löschung des Warenzeichens zu bewilligen. Wird die Behauptung des Beklagten von dem Dritten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen ꝛc.

9. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 3, 28; GO. f. RA. §§ 20, 29.

Digitized by Google

Vierter Titel.
Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

1. Litteratur: Hellmann z. L. v. d. Prozeßvollmacht in der CPrO. Bl. f. RA. XLV S. 193 ff., 209 ff., Wach I § 49 ff., Planck I §§ 35 und 47 ff.

2. Der Prozeßbevollmächtigte, im Gegensatz zum gesetzlichen Vertreter (§ 50), ist gewillkürter Vertreter; seine Vertretungsbefugnis beruht auf Vollmacht. Vom Prozeßbevollmächtigten handeln die §§ 74—84. Die Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts (Anwaltszwang) ist in § 73 vorgeschrieben. Vom Geschäftsführer ohne Vollmacht handelt § 85, vom Beistande § 86. Die CPrO. behandelt nur die Wirkung der Bevollmächtigung gegen Dritte. Das rechtliche Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

§ 74.

Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

Mot. S. 96—101. KPr. S. 497—499, 514, 739—741.

1. § 74 Abs. 1 führt für die prozessualische Thätigkeit der Parteien vor den Landgerichten (wozu natürlich auch die Kammern für Handelssachen gehören) und vor allen Gerichten höherer Instanz den Anwaltszwang ein. Vorbild war der franz. Prozeß, dem sich die neueren deutschen PrOO. mit Ausnahme der württembergischen angeschlossen hatten. Litteratur s. bei v. Canstein Grundlagen des CPrR. S. 237 ff.; dazu P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang (1883). — Das Verfahren, für das Anwaltszwang besteht, heißt Anwaltsprozeß; das Verfahren, für das kein Anwaltszwang besteht, Parteiprozeß.

Die Motive bemerken: „Die Vorschriften des Gesetzes machen die Parteien nicht mundtot; sie dürfen jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen des Prozesses beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen (§§ 128 Abs. 4, 81); das Gericht kann auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke des Sühneversuchs (nach dem zusätzlich beschlossenen § 132 auch zur Aufklärung des Sachverhältnisses) das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragerecht gegen sie ausüben (§§ 268, 130). Im Ehescheidungs- und Entmündigungsprozesse sind noch besondere Vorschriften gegeben, um den notwendigen Kontakt zwischen dem Gerichte und den Parteien sicher zu stellen (§§ 572, 579, 598). Daneben sind die Bestimmungen über das Armenrecht in liberaler Weise geordnet (§§ 106 ff.), so daß durch die Festsetzung des Anwaltszwanges die Gefahr einer Beschränkung des Rechtswegs nicht zu besorgen ist."

Parteien, die keine physischen Personen sind, insbesondere der Fiskus, sind nicht vom Anwaltszwange befreit.

2. Der Anwaltszwang besteht, soweit nicht in Bem. Nr. 4 zu besprechenden Ausnahmen eingreifen, für das ganze Verfahren vor den Land- und den Oberlandesgerichten, vor dem Reichsgerichte und dem bayerischen obersten Landesgerichte. Alle Prozeßhandlungen, auch die außergerichtlichen, namentlich die Schriftsätze, die die Instanz einleiten (Klage-,

Digitized by Google

Berufungs-, Revisionsschrift), sowie die vorbereitenden Schriftsätze müssen vom Anwalt ausgehen. Die Schriftsätze müssen zum Zeichen dessen, daß sie vom Anwalte ausgehen, dessen Unterschrift tragen. Daß in § 121 Nr. 6 die Unterschrift nur mit „soll" — nicht mit dem sonst für wesentliche Bestandteile eines Schriftsatzes gebrauchten Worte „muß" — verlangt wird, beweist nichts dagegen; denn diese Ausdrucksweise erklärt sich daraus, daß in § 121 nur von vorbereitenden Schriftsätzen die Rede ist und daß die Unterlassung der Vorbereitung der Verhandlung durch ordnungsmäßige Schriftsätze Nachteile in der Sache selbst nicht nach sich zieht. Also kann auch die Zustellung eines nicht vom Anwalte unterschriebenen Schriftsatzes solche Rechtsnachteile nicht nach sich ziehen; aber sie wirkt auch nicht wie die Zustellung eines ordnungsmäßigen Schriftsatzes [vgl. Wach I S. 608, 610. Unrichtig Alexander-Katz a. a. O. S. 57 f.]. Ist im Anwaltsprozesse der Schriftsatz von dem bei dem betreffenden Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben, so ist es gleichgültig, ob der Auftrag zur Zustellung des Schriftsatzes dem Gerichtsvollzieher von dem Anwalt oder von der Partei erteilt, ob in der Zustellungsurkunde der Anwalt oder die Partei als die Person, für die zugestellt werden soll, genannt wird; denn der Auftrag zur Zustellung ist keine Prozeßhandlung und die in § 174 Nr. 2 vorgeschriebene Konstatierung der Person, für die zugestellt werden soll, braucht nicht ersehen zu lassen, ob die Partei oder der Anwalt den Auftrag erteilte, sondern nur, für welche Partei zugestellt wird. [Vgl. Wach I S. 608 und jetzt auch RG. verein. Civ.Sen. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff., bes. S. 400 f.; daselbst auch Angaben über die frühere, zum Teil unrichtige Rechtsprechung des RG.] Aus den gleichen Gründen kann auch im Anwaltsprozesse die Zustellung von Urteilen direkt im Auftrage der Partei oder im Auftrage eines anderen als des für die Instanz aufgestellten Anwalts erfolgen [RG. 22. Jan. 1883 SA. XXXVIII Nr. 263, verein. Civ.Sen. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff.; vgl. a. 1. Febr. 1887 XVII Nr. 103 S. 411 ff., RG. 28. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 93 S. 418, 17. Dez. 1892 XXX Nr. 120 S. 389, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 179].

3. Wer ein beim Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt ist, bestimmt die RAO. §§ 1—20, 99. Die „Ausführung der Parteirechte" (plaidoyer) in der mündlichen Verhandlung kann jeder RA. übernehmen (RAO. § 27 Abs. 2). Die beim Reichsgerichte zugelassenen Anwälte dürfen nicht bei anderen Gerichten auftreten (RAO. § 100 Abs. 2) und beim Reichsgerichte dürfen nur bei diesem Gerichte zugelassene Rechtsanwälte auftreten (RAO. § 101). Wegen Vertretung zeitweise verhinderter Rechtsanwälte s. RAO. § 25.

4. Die Notwendigkeit, sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen RA. vertreten zu lassen, besteht nach § 74 Abs. 2 auch in den vor den Landgerichten oder höheren Gerichten anhängigen Prozessen nicht:

a) für das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. Über die Begriffe „b. R." und „e. R." s. Bem. Nr. 1 zu § 151. Derartiges Verfahren s. §§ 313 ff., 326, 327, 335 Abs. 2, 337 Abs. 2, 340, 367, 399, 441.

b) Für Prozeßhandlungen, die vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, auch wenn sie nicht vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden [vgl. RG. 4. März 1879 Entsch. III Nr. 104 S. 374]. Derartige Prozeßhandlungen sind das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 36), das Ablehnungsgesuch (§§ 44, 371), das Kostenfestsetzungsgesuch (§ 98), das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts (§ 109), das Aussetzungsgesuch (§ 225), das Gesuch um Entbindung vom Zeugnisse (§ 351), das Gesuch um Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises (§ 448), die Beschwerdeeinlegung in den in Abs. 2 des § 532 vorgesehenen Fällen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 532), die Gesuche in dem Arrest oder einstweilige Verfügungen betreffenden Verfahren nach §§ 800, 814, 815 und

Digitized by Google

die Aufgebotsanträge (§ 824). Daß Anträge auf Entmündigung oder deren Wiederaufhebung (§§ 596, 617, 621, 625) dem Anwaltszwange nicht unterliegen, ergiebt sich schon aus § 74 Abs. 1. Das Gleiche gilt für das Mahnverfahren (§ 629), das Verfahren beim Vollstreckungsgerichte (weil Amtsgericht: § 684) und das Verfahren vor dem Konkursgerichte (vgl. KO. §§ 64, 65, 127). — Die Motive (S. 99) bemerken einleitend zu § 74 Abs. 2:

„Der Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozeßakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandteile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen."

In dieser Allgemeinheit ist die Bemerkung nicht richtig. Vielmehr sind die Ausnahmen vom Anwaltszwange auf die in Abs. 2 des § 74 bezeichneten Fälle beschränkt; es lag auch kaum in der Absicht der Verfasser der Motive, in jener Bemerkung ein über § 74 Abs. 2 hinausgreifendes Prinzip aufzustellen; sie wollten nur die gesetzlichen Ausnahmen rechtfertigen [vgl. Wach I S. 610].

c) Kein Anwaltszwang besteht für solche auf den Prozeß einwirkende Handlungen, die keine Prozeßhandlungen sind. So ist z. B. ein außergerichtlicher Verzicht auf Einspruch oder auf Rechtsmittel gültig, auch wenn er von der Partei selbst erklärt ist [bay. ob. LG. in Bl. f. RA. XLVI S. 401 und SA. XXXVII Nr. 161]; vgl. ein außergerichtliches Anerkenntnis, ein außergerichtlicher Vergleich ꝛc.

5. Abs. 3 des § 74 ist dahin zu verstehen, daß ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Anwalt nicht bloß in eigener, sondern auch in fremder Angelegenheit als „gesetzlicher Vertreter", z. B. als Vormund, den Prozeß selbst führen kann [RG. 25. Juni 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1167]. Der Staatsanwalt, der in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, bedarf keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt.

6. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, sind Prozeßhandlungen, die nicht von einem bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalte vorgenommen wurden, ungültig. Diese Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten; sie kann nicht nach § 267 geheilt werden.

§ 75.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

Mot. S. 96—101. KPr. E. 29, 514.

1. Im Parteiprozesse, d. i. im Verfahren vor den Amtsgerichten, ferner in den in § 74 Abs. 2 bezeichneten Fällen kann jede Person, die prozeßfähig ist (§§ 50—58), zum Bevollmächtigten bestellt werden. Das Gesetz beseitigt alle partikularrechtlichen Bestimmungen, die die Befähigung zur Übernahme der Prozeßvertretung an weitere Voraussetzungen knüpften. Aus §§ 50, 51 folgt, daß Frauen von der Prozeßvertretung nicht ausgeschlossen sind.

2. Die Zulassung aller prozeßfähigen Personen als Prozeßbevollmächtigen wird korrigiert durch § 143, wonach das Gericht einem Bevollmächtigten, dem die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen, auch solche Bevollmächtigte, die das Verhandeln vor Gericht gewerbsmäßig betreiben, zurückweisen kann.

3. Soweit Anwälte im Parteiprozesse als Prozeßbevollmächtigte auftreten, sind sie den Nichtanwälten regelmäßig gleichgestellt. Es finden z. B. die Vorschriften der §§ 79, Abs. 2, 83 Abs. 1, 84 Abs. 2 über die Vollmacht im Parteiprozesse auch auf Rechtsanwälte Anwendung. Ausnahmsweise ist den Anwälten auch im Parteiprozesse eine besondere, anderen Prozeßbevollmächtigten nicht zukommende Stellung eingeräumt in § 125 bezüglich

Digitized by Google

der Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand, in § 143 Abs. 4 bezüglich der Zurückweisung, in § 181 bezüglich der Zustellung von Anwalt zu Anwalt und in § 362 Abs. 2 bezüglich des Zeugenverhörs.

4. Weder im Anwalts- noch im Parteiprozesse kann Bevollmächtigter einer Partei sein, wer selbst Partei oder prozeßführender Vertreter einer Partei ist. Vgl. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 149.

§ 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

Mot. S. 101, 102. KPr. S. 19—31, 49, 50, 514—516, 659, 660.

1. Die §§ 76—84 gelten, soweit nicht in §§ 79, 83, 84 für den Anwaltsprozeß besonders verordnet ist, für den Anwalts- und für den Parteiprozeß. Auch der einer armen Partei bei Bewilligung des Armenrechts beigeordnete Offizialanwalt (§ 107 Nr. 1 vgl. mit RAO. § 34), ebenso der nach § 609 und RAO. § 33 beigeordnete Anwalt bedarf der Vollmacht [OLG. Jena SA. L Nr. 43]. Eine Ausnahme von der Pflicht, die Bevollmächtigung nachzuweisen s. § 643.

2. Der Nachweis der Bevollmächtigung ist im Parteiprozesse stets, im Anwaltsprozesse erst, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht gerügt hat, nötig (vgl. § 84). Die Beweisführung ist beschränkt; als Beweismittel ist nur die durch Schrift hergestellte Urkunde zugelassen. Daß die Urkunde unterschrieben sein muß, ist nicht in § 76 gesagt, ergiebt sich aber für Privaturkunden aus § 381. Das gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen steht nach § 381 der Unterschrift gleich.

Natürlich ist auch die im Termine vor Gericht erklärte und im Sitzungsprotokolle festgestellte Bevollmächtigung schriftliche Vollmacht im Sinne des Gesetzes (vgl. Motive S. 101, KPr. S. 30).

Die Vollmacht ist entweder Vollmacht für den ganzen Prozeß (Prozeßvollmacht) oder Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2). Jene kann auf Vollmacht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten (Generalvollmacht) beruhen.

3. Zu Abs. 2: Privaturkunde ist jede Urkunde, die keine öffentliche Urkunde ist (vgl. KPr. S. 659). Der Begriff „öffentliche Urkunde" ergiebt sich aus den §§ 380, 382, 383. Auch die von einer öffentlichen Behörde, z. B. von einer Gemeindebehörde, einer Universitätsbehörde, einer Kirchenverwaltung, in einem Rechtsstreite, den sie kraft ihres Amtes führt, ausgestellte Vollmacht ist eine öffentliche Urkunde; es kann daher keine Beglaubigung verlangt werden (KPr. S. 659, 660.) Über Vorlage öffentlich beglaubigter Abschrift von öffentlicher Urkunde s. § 400. Ist die zum Nachweise der Bevollmächtigung vorgelegte Urkunde eine Privaturkunde und nicht bereits gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat der Gegner das Recht, gerichtliche oder notarielle Beglaubigung zu verlangen. Das Verlangen der Beglaubigung bedarf keiner Begründung; es ist in jedem Stadium des Verfahrens möglich. Beglaubigung ist die Bestätigung, daß die Unterschrift der Urkunde echt sei. Mit Beglaubigung durch andere mit fides publica versehene Behörden z. B. Gemeinde- oder Kirchenbehörden) braucht sich der Gegner nicht zu begnügen (KPr. S. 29 f.). — Wegen Beglaubigung durch außerdeutsche Gerichte und Notare vgl. RG. v. 1. Mai 1878 § 2 (RGBl. S. 89), ferner Vertrag mit Österreich-Ungarn v. 25. Febr. 1880 (RGBl. 1881 S. 4). — Notariatsbefugnisse der Reichskonsuln s. RG. v. 8. Nov. 1867 § 16, Reichs-Verf. Art. 80.

Digitized by Google

Über die Form, in der die Beglaubigung durch das Gericht oder den Notar zu erfolgen hat, enthält die Prozeßordnung keine positive Vorschrift; sie schreibt bloß negativ vor, daß es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls bedürfe. Landesgesetze, die derartige formale Erfordernisse für die Beglaubigung der Vollmacht aufstellten, sind aufgehoben. Diese negative Bestimmung gilt auch für die Beglaubigung von Handzeichen. Soweit dagegen Landesgesetze vorschreiben, daß zur Feststellung der Identität einer dem Gerichte oder Notare unbekannten Person Zeugen beizuziehen seien, sind sie durch die PrO. nicht berührt. Die Kosten der Beglaubigung hat der Vollmachtgeber auszulegen, vorbehaltlich der Erstattungspflicht nach § 87. Wurde die Beglaubigung verlangt, so sind die Kosten notwendig im Sinne des § 87. Aber auch die Kosten einer nicht verlangten Beglaubigung können als notwendig behandelt werden, weil die Beglaubigung die beim Verlangen nachträglicher Beglaubigung eintretende Verzögerung abschneidet. [AM. KG. Berlin SA. XLIV Nr. 283].

Wird die verlangte Beglaubigung einer Privaturkunde nicht beigebracht, wozu eine Frist nach § 85 zu gewähren ist, so ist die Bevollmächtigung nicht ordnungsmäßig nachgewiesen, daher so zu verfahren, wie überhaupt beim Mangel des Nachweises der Bevollmächtigung; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 84.

4. Die schriftliche Vollmacht ist zu den Gerichtsakten abzugeben und bei diesen zu belassen. Abzugeben ist, wenn Beglaubigung verlangt ist, die beglaubigte Vollmacht (vgl. KPr. S. 514—516). Die zu den Akten des Prozeßgerichts abgegebene Vollmacht genügt auch für das Vollstreckungsstadium. Es ist gestattet, vor dem möglicherweise vom Prozeßgerichte verschiedenen Vollstreckungsgerichte sich auf jene Vollmacht zu beziehen (KPr. S. 516).

5. Die Bestimmungen des HGB. Art. 42, 47, 58 und der WO. Art. 17 sind dem Abs. 1 des § 76 gegenüber gemäß EG. § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten. Nachzuweisen ist die Bestellung zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten mit Prozeßführungsbefugnis durch eine zu den Akten abzugebende Urkunde, die, wenn Privaturkunde, auf Verlangen des Gegners beglaubigt werden muß. Das Original eines Wechsels mit Prokuraindossament muß nicht zu den Akten abgegeben werden; auch kann keine Beglaubigung des Indossaments verlangt werden [vgl. Gaupp I S. 187].

§ 77.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

Mot. S. 102—104. KPr. S. 31, 32, 516.

1. § 77 bestimmt den gesetzlichen Umfang der Prozeßmacht. Die Vollmacht erstreckt sich auf „alle den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen." Damit ist das gemeinrechtliche System der Spezialvollmacht verlassen. Zu den Prozeßhandlungen gehören auch Betrieb und Annahme von Zustellungen und Ladungen, Geständnis, Klagänderung (KPr. S. 31, 32), Klagerweiterung (§§ 240 und 253, Zurücknahme der Klage (§ 243), Anerkennung von Urkunden, Zuschiebung, Annahme und Zurückschiebung von Eiden. Wegen Eidesleistung s. § 440.

Digitized by Google

2. Das Gesetz erstreckt ausdrücklich die Vollmacht auf den Widerklageprozeß, und zwar sowohl auf die Erhebung der Widerklage wie auf die Verteidigung dagegen, auf das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 541 ff.), auf die Zwangsvollstreckung und die aus Veranlassung der Vollstreckung, insbesondere nach § 667, 685 ff., 690, 696, 710, 740, 753, 764 entstehenden Prozesse, obwohl diese Prozeduren nicht integrierende Teile des Prozesses sind, für den die Vollmacht erteilt ist [vgl. Wach I § 50 N. 20 und 24. AM. bezüglich der Klage nach § 690 Petersen (Hamburg) Ztschr. f. d. CPr. IX S. 362 ff., dagegen Voß Arch. f. c. Pr. LXXI S. 279 ff.]. Weitere Ausdehnungen s. § 78. Zweifelhaft ist, ob die Prozeßvollmacht auch zur Vertretung im Konkurse ermächtigt. Daß das Gesetz in § 78 die Vollmacht ausdrücklich auf das Arrest und einstw. Verfügung betreffende Verfahren erstreckt, darf nicht als Argument gegen die Erstreckung auf den Konkurs benutzt werden; vielmehr dürfte aus der in § 78 enthaltenen Ausdehnung auf die fakultativen besonderen Prozeßarten zu folgern sein, daß die Vollmacht sich auch auf die für die Dauer des Konkurses allein praktische Art der Geltendmachung nach Maßgabe der KO. erstreckt. [Vgl. Gaupp I S. 189 N. 5. AM. Wilm. Levy N. 3, Wach I § 50 N. 24.]

3. Die Prozeßvollmacht enthält kraft Gesetzes:

a) die Substitutionsbefugnis, d. i. die Befugnis, die Handlungen, zu denen der Bevollmächtigte ermächtigt ist, durch einen anderen vornehmen zu lassen, mit der Wirkung, wie wenn sie der Bevollmächtigte selbst vorgenommen hätte. Der Substitut kann insbesondere auch Zustellungen mit dieser Wirkung betreiben [vgl. RG. 12. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1061, 7. Dez. 1885 eod. XXX S. 1108]. Aber der Substitut tritt weder als zweiter Prozeßbevollmächtigter neben den Substituenten, noch tritt er als Prozeßbevollmächtigter an dessen Stelle. Seine Handlungsbefugnis beruht auf mittelbarer Vollmacht. Der Substituent und zwar er allein bleibt trotz der Substitution der Prozeßbevollmächtigte der Partei. An ihn haben die Zustellungen nach §§ 162, 164 zu erfolgen [RG. 29. Juni 1883 Entsch. XI Nr. 93 S. 369, 27. März 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1128, 3. Jan. 1885 SA. XL Nr. 248, 12. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1058, 7. Dez. 1885 eod. XXX S. 1108, OLG. Braunschweig SA. XLII Nr. 251, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 180]. Durch seinen Tod erlischt die Befugnis des Substituten, im Prozeß zu handeln; sein Tod bewirkt daher trotz dem Vorhandensein des Substituten die Unterbrechung des Verfahrens [RG. 29. Juni 1883 Entsch. XIII Nr. 93 S. 369, 16. Febr. 1884 XIV Nr. 92 S. 333]. Er kann die Substitution widerrufen; mit Beendigung seiner Vollmacht endigt auch die des Substituten;

b) die Befugnis zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen. Soweit der Bevollmächtigte der unteren Instanz Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz sein kann, was im Anwaltsprozesse von der Zulassung als Anwalt bei dem höheren Gerichte abhängt, umfaßt die Prozeßvollmacht auch die Ermächtigung zur Prozeßführung in der höheren Instanz und zur Bestellung eines Substituten im Sinne der litt. a innerhalb des Verfahrens in der höheren Instanz. Von dieser Substitutionsbefugnis zu unterscheiden ist die dem Prozeßbevollmächtigten erteilte Befugnis, einen Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen zu kreieren. Dieser ist nicht Vertreter des Bevollmächtigten der unteren Instanz, sondern selbst Prozeßbevollmächtigter; an ihn gehen die Zustellungen, sein Tod bewirkt Unterbrechung des Verfahrens, seine Vollmacht kann nur von der Partei gekündigt werden. Er kann für die nächsthöhere Instanz einen Prozeßbevollmächtigten kreieren und konkurriert hierin mit dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz [vgl. Wach I § 50 N. 41]. Die Vollmacht des vom Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz kreierten Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz endigt übrigens mit der

Digitized by Google

Instanz [vgl. RG. 22. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 108 S. 367, 19. Mai 1883 IX Nr. 103 S. 352]; er ist also nicht Prozeßbevollmächtigter für das Vollstreckungsverfahren und auch nicht zur Empfangnahme der Kosten der Vorinstanz befugt;

c) die Befugnis zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich. Diese Befugnis hat, soweit nicht weitere Vollmacht erteilt ist, ihre Grenze im Gegenstande des Prozesses. Der Prozeßbevollmächtigte kann z. B. nicht im Vergleiche das Eigentum der von dem Prozesse gar nicht berührten Sache x abtreten, um vom Gegner die Anerkennung des streitigen Eigentums seiner Partei an der Sache y zu erlangen;

d) die Befugnis zur Verzichtleistung auf den streitigen Gegenstand (§ 277) und zur Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs (§ 278). Da Verzicht und Anerkenntnis den Prozeß nicht formell beendigen, so ist die Ausdrucksweise des § 77 ad vv. „zur Beseitigung des Rechtsstreits durch ... Verzichtleistung ꝛc." nicht ganz korrekt;

e) die Befugnis zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten und zwar nicht etwa bloß der dem Bevollmächtigten gebührenden Kosten. Die Empfangsbefugnis schließt die Quittierungsbefugnis ein. — Andere Leistungen als die Kosten darf der Prozeßbevollmächtigte für den Vollmachtgeber nur in Empfang nehmen, wenn ihm Vollmacht dazu ausdrücklich erteilt ist. Die Erfüllung der streitigen Verpflichtung liegt abseits vom Rechtsstreit (vgl. Mot. S. 102).

§ 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Mot. S. 104, 105. KPr. S. 31, 516.

§ 78 enthält weitere Bestimmungen über den gesetzlichen Umfang der Prozeßvollmacht. Diese wird erstreckt auf a) Die Hauptintervention (§ 61). Nach den Motiven S. 104 soll hier nicht bloß die Hauptintervention des § 61, sondern auch die Exekutionsintervention des § 690 gemeint sein; diese ist aber schon durch § 77 gedeckt. b) Das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren, zu dem der Prozeß Hauptsache im Sinne der §§ 799, 806, 816, 821 ist. Es macht keinen Unterschied, ob das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren auf Veranlassung des betreffenden Bevollmächtigten oder des Gegners eingeleitet wurde. Es ist möglich, daß die Partei mit Umgehung des Bevollmächtigten den Arrest oder die einstweilige Verfügung selbst erwirkte. Auch in diesem Falle hat der Prozeßbevollmächtigte die Befugnis zur Parteivertretung in dem Verfahren, das den Arrest oder die einstweilige Verfügung betrifft. — Die Bevollmächtigung für das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren umfaßt nicht die Vollmacht für den Hauptprozeß.

§ 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden.

Mot. S. 104, 105. KPr. S. 31, 32, 516.

Digitized by Google

1. Die Motive bemerken: „Das Gesetz überläßt grundsätzlich die Beurteilung der inneren Seite des Vollmachtsvertrags, das Rechtsverhältnis zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, dem materiellen Rechte. Der Mandant kann daher insoweit die Befugnisse seines Prozeßbevollmächtigten nach Gutdünken beschränken oder erweitern, und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozeßmandatar seiner Partei wegen auftragswidriger Prozeßführung haftbar wird. Anders liegt die Sache für das Rechtsverhältnis des Bevollmächtigten zum Prozeßgegner. Nach dem System des Gesetzes würde hier jede Beschränkung der gesetzlich notwendigen Vertretungsrechte des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden. Es bestimmt daher der § 79, daß eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit hat, insoweit nicht diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht (§ 277) oder Anerkenntnis (§ 278) betrifft. Das Gesetz folgt hiermit der im Gebiete des Handelsrechts (vgl. Art. 42, 43, 116, 138, 231 u. a. des Handelsgesetzbuchs und § 23 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) zur Anerkennung gebrachten Richtung und entspricht damit den Bedürfnissen des Prozesses und der Sicherheit des Verkehrs."

2. Die in Abs. 1 zugelassenen Beschränkungen des normalen Inhalts der Prozeßvollmacht sind im Anwalts- und im Parteiprozesse möglich (nordd. Prot. S. 214). Sie können in der Vollmachtsurkunde erklärt sein; in diesem Falle sind sie dem Gegner gegenüber wirksam, auch wenn die Vollmacht dem Gegner nicht mitgeteilt ist, was im Anwaltsprozesse wegen Abs. 2 des § 84 leicht vorkommen kann. [AM. OLG. Kiel SA. XL Nr. 57.] Die Beschränkungen können aber auch nachträglich erklärt werden; dann sind sie dem Gegner gegenüber nur wirksam, wenn sie ihm mitgeteilt sind [vgl. Wach I § 50 N. 31, 32].

3. Alle in Abs. 1 nicht zugelassenen Beschränkungen der Vollmacht — also insbesondere eine Beschränkung bezüglich der Klagänderung (vgl. KPr. S. 31, 32), der Zurücknahme der Klage, des Verzichts auf Rechtsmittel, der Substitution, der konnexen Rechtsstreitigkeiten (s. Bem. Nr. 2 zu § 77 und den § 78) — sind dem Gegner gegenüber bedeutungslos. Auch durch Bekanntgabe unzulässiger Beschränkungen an den Gegner wird die Gültigkeit der betreffenden Handlungen der Prozeßbevollmächtigten nicht beeinträchtigt.

4. Zu Abs. 2: Im Anwaltsprozesse muß ein Rechtsanwalt mit Prozeßvollmacht im Sinne des § 77 vorbehaltlich der im § 79 zugelassenen Beschränkungen vorhanden sein; daher ist hier für eine Bevollmächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen kein Raum. Soweit dagegen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, also im Verfahren vor dem Amtsgerichte und in den Fällen des § 74 Abs. 2, kann auch eine „Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen" gegeben werden (Spezialvollmacht). Die Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen muß sich ihrem Inhalte nach als solche darstellen, die die allgemeine Ermächtigung „zur Prozeßführung" ausschließt. Durch welche Ausdrucksweise dies geschehen kann, ist nicht bestimmt. Die der allgemeinen Ermächtigung zur Prozeßführung beigefügte Ausnahme einzelner Prozeßhandlungen macht die Vollmacht nicht zur Spezialvollmacht im Sinne des § 79 Abs. 2. Auf die Spezialvollmacht des § 79 Abs. 2 finden die §§ 76, 80—85 Anwendung.

§ 80.

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

Mot. S. 105. KPr. S. 32, 516.

1. Die Klausel „samt und sonders" in der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung. Das Rechtsverhältnis zwischen den mehreren Bevollmächtigten

Digitized by Google

und dem Vollmachtgeber bleibt unberührt; diesem gegenüber kann die Verpflichtung zur gemeinschaftlichen Vertretung bestehen.

2. In Anwaltsprozessen können die mehreren „Prozeßbevollmächtigten" nur Anwälte sein. Wird neben dem Anwalt jemand, der kein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Anwalt ist, als „Prozeßbevollmächtigter" bestellt, so ist das für den Prozeß bedeutungslos.

3. Zu unterscheiden von dem Falle mehrerer Prozeßbevollmächtigter ist die Aufstellung mehrerer Bevollmächtigter zu verschiedenen einzelnen Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2). — Daß neben dem § 80 die abweichenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 41 Abs. 3, Art. 86 N. 4, 100, 115 weiter gelten, erhellt aus EG. § 13.

4. Wegen der Gebühren mehrerer Bevollmächtigter vgl. § 87 Abs. 2 und GO. f. RA. § 2.

§ 81.

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

Mot. S. 105, 106. APr. S. 32, 516.

1. Soweit die Vollmacht gemäß §§ 77—79 reicht, ist der Prozeßbevollmächtigte Stellvertreter (Repräsentant) des Vollmachtgebers. Die vom Prozeßbevollmächtigten als solchem vorgenommenen Prozeßhandlungen, wozu auch die Unterlassungen und Versäumnisse gehören, wirken direkt für und gegen den Repräsentierten, wie wenn sie von ihm selbst vorgenommen wären; der Repräsentant selbst wird von den Wirkungen der Prozeßhandlungen nicht berührt. Das Urteil ist auf den Namen der Partei zu stellen und erlangt Rechtskraft nur für und gegen die Partei, nicht den Bevollmächtigten. [Vgl. dazu Wach I S. 562 f.]

2. Die Wirkung der vollen Repräsentation tritt auch bei nachträglicher Genehmigung der Prozeßführung ein. Es ergiebt sich dies für das gemeine Recht aus l. 12 § 4 D. de solut. 46, 3; l. 60 D. de R. I. 50, 17; c. 10 in 6to de R. I. 5, 13. Daß die CPrO. diesen Grundsatz anerkennt, ist aus §§ 85 Abs. 2, 513 Nr. 5, 542 Nr. 4 zu entnehmen.

3. Der zweite Satz des § 81 bezweckt nicht, das Überflüssige auszusprechen, daß die hier genannten Prozeßhandlungen des Bevollmächtigten für die Partei in gleicher Art verpflichtend seien, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären, sondern ist angefügt, um zu bestimmen, daß die miterschienene Partei bezüglich der Geständnisse und anderer thatsächlicher Erklärungen ihres Bevollmächtigten die ihr bezüglich anderer Prozeßhandlungen nicht zustehende Befugnis des Widerrufs und der Berichtigung haben solle. Was ist unter Geständnissen und anderen thatsächlichen Erklärungen — im Gegensatz zu sonstigen Prozeßhandlungen — zu verstehen? Sicher fallen alle Erklärungen über Thatsachenbehauptungen des Gegners (§§ 261, 404), sowie alle Thatsachenbehauptungen des Bevollmächtigten unter die dem Widerruf und der Berichtigung der Partei zugänglichen Erklärungen. Ebenso sicher ist, daß alle Sachanträge und alle Prozeßanträge einschließlich der Beweisanträge sowie alle Rechtsdeduktionen nicht zu diesen Erklärungen gehören. Was aber gilt von solchen Erklärungen, die, wie Rechtsverzichte (§ 277), Rechtsanerkenntnisse (§ 278) und Eideserklärungen (§ 417), weder unter den Begriff der rein thatsächlichen Erklärungen noch unter den Begriff der Anträge fallen? Die Entstehungsgeschichte des § 81

Digitized by Google

(vgl. hann. Prot. IV S. 1107 ff., 1146 ff., hann. Entw. § 103, nordd. Prot. S. 699) scheint dafür zu sprechen, daß die Partei auch derartige Erklärungen des Bevollmächtigten widerrufen und berichtigen könne; denn es war in der hann. Kommission mehrfach die Rede davon, daß bei jeder Differenz zwischen einer Erklärung des Bevollmächtigten und der Erklärung der anwesenden Partei die Erklärung der Partei den Vorrang haben solle. Immerhin darf auf diese Äußerungen kein allzu großes Gewicht gelegt werden, weil der prinzipielle Standpunkt derjenigen, die der anwesenden Partei eine Durchkreuzung der Handlungen ihrer Bevollmächtigten gestatten wollten, von anderen bekämpft wurde und der schließlich angenommene Satz ein Kompromiß zwischen den widerstreitenden Ansichten war. Gleichwohl wird man sich dafür zu entscheiden haben, daß auch die zuletzt angeführten Erklärungen des Bevollmächtigten dem Widerrufe und der Berichtigung der Partei zugänglich sind. Die Widerrufs- und Berichtigungsbefugnis der Partei wäre nämlich nahezu wertlos, wenn die Partei den Rechtsverzichten und Rechtsanerkenntnissen des Bevollmächtigten ohnmächtig gegenüber stände. Die Eideserklärung aber ist mit der Erklärung über die gegnerischen Behauptungen so eng verwachsen, daß sie sich davon kaum trennen läßt. [Über die erörterte Frage sind zu vergleichen: Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 196, Petersen (2) S. 164 f., A. Förster N. 2, Hellmann Komm. I S. 293, Wach I § 83 bei N. 9, Planck I S. 234. Die Meinungen gehen auseinander.] Wegen des früheren Rechts vgl. l. 3 C. de error. adv. 2, 9.

Die Befugnis zum Widerrufe und zur Berichtigung steht der Partei und dem gesetzlichen Vertreter der Partei nur zu, wenn sie im Termine zur mündlichen Verhandlung neben dem Bevollmächtigten erschienen sind. Sie bezieht sich bloß auf Erklärungen, die in der mündlichen Verhandlung abgegeben wurden. Der Widerruf und die Berichtigung der miterschienenen Partei muß sofort — d. i. sobald die Partei zum Worte gelangt — erfolgen, wobei natürlich das Ermessen des Richters einigen Raum hat. Erfolgt rechtzeitig Widerruf oder Berichtigung, so ist nicht das Vorbringen des Bevollmächtigten, sondern das der Partei maßgebend.

Aus § 81 folgt nicht [wie RG. 15. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 139 S. 423 annimmt], daß der Prozeßbevollmächtigte die Ansprüche seiner Partei nicht auf Thatsachen stützen könne, die von der Gegenpartei behauptet, von der eigenen Partei aber früher vor dem Prozeßgerichte bestritten worden sind. So wenig eine Behauptung der Partei, die mit einer früheren Behauptung derselben im Widerspruche steht, unzulässig ist — eine andere Frage ist, welchen Einfluß die frühere Behauptung bei der Würdigung des Beweises der zweiten hat — so wenig ist die Behauptung des Bevollmächtigten wegen Widerspruchs mit einer früheren Behauptung der Partei unzulässig oder bedeutungslos. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 196 N. 2. AM. Planck I S. 234 N. 55.]

4. Die Vorschriften des § 81 gelten für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß.

§ 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

Mot. S. 106. APr. S. 32, 516.

1. Der jüngste RA. verordnete in § 99, daß „die Gewalt gleich Anfangs auf der Partheyen Erben mitgestellt werden" solle; sog. clausula heredum. Die CPrO. verfährt

Digitized by Google

nach Vorbild des HGB. Art. 54 Abs. 2 radikaler, indem sie, mag die Erbenklausel in der Vollmacht stehen oder nicht, bestimmt, daß die Vollmacht (sowohl die Prozeßvollmacht wie die Vollmacht nach § 79 Abs. 2) in ihrer Gültigkeit durch den Tod des Vollmachtgebers nicht berührt wird. Der Übergang auf die Erben ist nicht auf eine Vermutung der clausula heredum gegründet, kann daher nicht ausgeschlossen werden. Natürlich können die Erben den Vollmachtsvertrag aufkündigen (§ 83). — Ist ein Prozeßbevollmächtigter zur Zeit des Todes der Partei vorhanden, so wird das Verfahren nicht unterbrochen, muß aber auf Antrag ausgesetzt werden (§ 223). Ist dies geschehen, so hat der Bevollmächtigte, der nachher für den Nachfolger auftritt, im Parteiprozesse stets und im Anwaltsprozesse auf Verlangen des Gegners (vgl. § 84) sich durch Vollmacht des Rechtsnachfolgers zu legitimieren. Bringt er die Vollmacht nicht bei, so ist nach § 85 zu verfahren. Erloschen ist die frühere Vollmacht mit der Aussetzung nicht von selbst, was namentlich wegen der Zustellung (§ 223 a. E.) bedeutsam ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 197, Planck I S. 232.] — Bei Vorhandensein eines Spezialbevollmächtigten (§ 79) wird das Verfahren durch den Tod der Partei unterbrochen (s. Bem. Nr. 1 zu § 223). Auch auf diesen Fall findet der Schlußsatz des § 82 Anwendung [vgl. Planck I § 47 N. 41, Gaupp I S. 197 N. 2].

2. Die Vollmacht wird nicht aufgehoben durch eine Veränderung in der Prozeßfähigkeit des Vollmachtgebers, z. B. durch Geisteskrankheit, Entmündigung wegen Verschwendung, und durch eine Veränderung in der gesetzlichen Vertretung, z. B. Aufstellung eines anderen Vormundes, Tod des Vormundes, Aufhören der Vormundschaft wegen erlangter Volljährigkeit des Mündels oder wegen Aufhebung der Entmündigung [vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LII S. 351], Wechsel in der Vertretung einer juristischen Person. Wegen Aussetzung vgl. Bem. Nr. 1.

3. Durch Verheiratung der Machtgeberin wird die Vollmacht nicht berührt, arg. § 51 Abs. 2 (Mot. S. 106).

§ 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtsvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber solange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.

Mot. S. 106, 107. KPr. S. 32, 516, 517.

1. Über die Berechtigung zur Kündigung des Vollmachtsvertrags, richtiger: des Auftragsverhältnisses, entscheidet das Civilrecht. Nach gemeinem Rechte und nach den Partikularrechten kann das Auftragsverhältnis von beiden Seiten jederzeit gekündigt werden, unbeschadet der Verpflichtung des Beauftragten, bei einer unzeitigen Kündigung von seiner Seite die Interessen des Auftraggebers noch weiterhin zu wahren (vgl. l. 22 § 11, l. 23—25, l. 27 § 2 D. mandati 17, 1; preuß. ALR. I 13 §§ 172 ff.). Die mit dem dominium litis des procurator im röm. Rechte zusammenhängenden Beschränkungen der Kündigungsbefugnis des Bevollmächtigten (l. 35 § 1 D. mand. 17, 1; l. 16 D. de proc. 3, 3; l. 22 C. de proc. 2, 13) waren schon im früheren gem. Prozesse beseitigt.

2. Zu Abs. 1: Bis das Erlöschen der Vollmacht und in Anwaltsprozessen die Bestellung eines anderen Anwalts dem Gegner angezeigt ist, dauert dem Gegner gegenüber die bisherige Vollmacht fort. Die Handlungen des Bevollmächtigten haben bis zu diesem

Digitized by Google

Zeitpunkte Repräsentationswirkung (§ 81); der Gegner muß an den Bevollmächtigten, nicht an die Partei zustellen [vgl. RG. 10. März 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1220, OLG. Kiel SA. XL Nr. 242]. Für die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht ist keine Form vorgeschrieben; daher kann die Anzeige mündlich oder schriftlich von dem Vollmachtgeber wie von dem Bevollmächtigten geschehen. Die Bestellung des neuen Anwalts muß im Anwaltsprozesse durch Schriftsatz des neuen Anwalts angezeigt werden.

3. Zu Abs. 2: Hier ist nur bestimmt, daß der Bevollmächtigte, der das Auftragsverhältnis kündigte, für den Vollmachtgeber noch prozessualische Handlungen vorzunehmen befugt, nicht daß er hierzu verpflichtet ist. Die gegenteilige Äußerung in den Mot. S. 106 beruht auf Mißverständnis. Ob er dem Auftraggeber gegenüber dazu verpflichtet ist, ist aus dem materiellen Rechte zu bemessen. Vgl. Bem. Nr. 1. Die Befugnis zum Handeln für den Vollmachtgeber wird durch die dem Gegner erstattete Anzeige von der Kündigung nicht berührt. Sie erlischt vielmehr erst dadurch, daß der Vollmachtgeber dem Gegner die Zurücknahme der Vollmacht anzeigt, im Anwaltsprozesse aber erst durch die Anzeige der Bestellung des neuen Anwalts [vgl. Wach I S. 584 f.].

§ 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

Mot. S. 107—109. KPr. S. 32, 33, 517.

Litteratur: Ulbricht Arch. f. civ. Pr. LXXVIII S. 48 ff.

1. Im Anwalts- wie im Parteiprozesse kann der Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits, auch in höherer Instanz, den Nachweis der Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht (§ 76 Abs. 1) sowie deren Beglaubigung (§ 76 Abs. 2) verlangen. Das Verlangen kann zurückgezogen werden. Die Rüge des Mangels der Vollmacht ist keine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247.

2. Der Mangel der Vollmacht ist bei allen Verhandlungen und Prozeßakten, für die kein Anwaltszwang besteht, also nicht bloß im amtsgerichtlichen Prozesse, sondern auch bei den Prozeduren des § 74 Abs. 2 von Amtswegen zu berücksichtigen. Daher hat z. B. der beauftragte oder ersuchte Richter Vollmacht von Amtswegen zu verlangen, auch wenn der Prozeß bei einem Landgerichte anhängig ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 201. AM. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XI S. 107.]

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welchem Stadium des Prozesses der Mangel der Vollmacht spätestens von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Daß das Gericht den Mangel der Vollmacht in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen muß, ergeben die §§ 130 Abs. 2 und 300 Nr. 1. Bei dem Gesuche um Terminsbestimmung ist der Mangel der Vollmacht noch nicht zu berücksichtigen (s. Bem. Nr. 2 zu § 193). [Vgl. Hellmann Bl. f. RA. XLV S. 193 ff., 209 ff.] In dem Verfahren ohne obligatorische mündliche Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) muß das Gericht den Mangel der Vollmacht spätestens vor der Entscheidung berücksichtigen.

Der Vorsitzende hat auf den Mangel der Vollmacht aufmerksam zu machen (§ 130 Abs. 2). Der Mangel ist in jeder Lage des Rechtsstreits zu beachten. Das Zugeständnis des Gegners bindet das Gericht nicht, die Vollmacht als vorhanden anzunehmen. Es zessieren die sog. fingierten Geständnisse der §§ 129 Abs. 2, 296 Abs. 1.

3. Im Anwaltsprozesse kann das Gericht nicht von Amtswegen den Nachweis der

Digitized by Google

Bevollmächtigung verlangen, sondern erst, wenn der Gegner den Mangel der Vollmacht gerügt hat. Nach dem franz. Rechte braucht der Anwalt seine Bevollmächtigung überhaupt nicht nachzuweisen; seine Erklärung, bevollmächtigt zu sein, genügt; die Partei kann aber désaveu erheben (Code de proc. art. 352 ss.). Dem franz. Rechte ist das deutsche Prozeßrecht in diesem Punkte nicht gefolgt (vgl. hann. Prot. XIII S. 4947 ff.) Auch im Anwaltsprozesse muß der Anwalt den Nachweis der Bevollmächtigung liefern, wenn der Gegner dies verlangt.

Das Rechtsmittelgericht kann bei der von Amtswegen vorzunehmenden Prüfung, ob das Rechtsmittel in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei, von dem Anwalte, der das Rechtsmittel einlegte, keinen Vollmachtsnachweis verlangen [RG. 13. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1177].

4. Kann der als Bevollmächtigter Auftretende die Bevollmächtigung nicht durch eine Vollmachtsurkunde (§ 76) nachweisen, so ist er vorbehaltlich des § 85 Abs. 1 zurückzuweisen. Die von ihm bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen gelten jedoch als von der Partei vorgenommen, wenn die Partei auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausschließlich oder stillschweigend genehmigt hat (§ 85 Abs. 2, vgl. §§ 513 Nr. 5, 543 Nr. 5, dann Bem. Nr. 3 zu § 85). Ist weder das eine noch das andere der Fall, so sind die Prozeßhandlungen wegen Mangels der Vertretungsbefugnis für die Partei nicht berechtigend und nicht verpflichtend. [Vgl. Wach I S. 601, Planck I S. 237.] Im Termin zur mündlichen Verhandlung oder zur Beweiserhebung ist die Partei, für die ein Nichtbevollmächtigter auftreten will, nicht erschienen. Gegen die nichterschienene Partei ist vorbehaltlich des § 85 Versäumnisurteil nach allgemeinen Regeln zu erlassen. Nach diesen gehört aber die ordnungsmäßige Erhebung der Klage zu den Voraussetzungen eines Versäumnisurteils. Ist die Klage von einem Nicht- (auch nicht mündlich) Bevollmächtigten erhoben und nicht genehmigt, so liegt keine für und gegen die Partei geltende Klage vor. Es kann kein Urteil zur Sache, folglich auch kein Versäumnisurteil gegen die Partei ergehen. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 4 zu § 85, Wilm. Levy (6) N. 1 zu § 84, Wach I S. 602 f., Planck I S. 237. Mißverständlich ist eine Äußerung des Direktors v. Amsberg in KPr. S. 517, wonach es scheinen könnte, als ob in diesem Falle Versäumnisurteil gegen die Partei zu erlassen wäre.] Wird eine formulierte Entscheidung nötig, so kann sie nicht Einstellungsbeschluß [wie Just Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 323 ff. annimmt], sondern nur Urteil sein, und zwar muß dieses auf Zurückweisung der von dem falsus procurator erhobenen Klage lauten [vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 85, Wilm. Levy N. 1 zu § 84, Gaupp I S. 202, Wach I S. 603, Planck II S. 89 ff., abweichend von I S. 237 f.]; der falsus procurator ist zur Tragung der Prozeßkosten zu verurteilen [ebenso die cit. Schriftsteller bis auf Gaupp und Planck]. — Ist die Klage von einem zur Vertretung Berechtigten erhoben, dann kann ein Versäumnisurteil nach § 295 oder § 296 erlassen werden, wenn im Termine für den Kläger oder den Beklagten ein falsus procurator auftreten will und zurückgewiesen wird.

In entsprechender Weise ist im Rechtsmittelverfahren zu entscheiden. Insbesondere ist das Rechtsmittel, das ein f. pr. eingelegt hat, zurückzuweisen und der f. pr. in die Kosten zu verurteilen. — Tritt in einem Verfahren, worin die Vorschriften der §§ 295 ff. nicht anwendbar sind, ein f. pr. auf, so sind seine Anträge nicht zu berücksichtigen, und, wenn Entscheidung verlangt wird, durch Beschluß zurückzuweisen.

5. Wird im Anwaltsprozesse die Vollmacht nicht bei Beginn des Prozesses, sondern später verlangt und kann sie nicht beigebracht werden, so ist nicht anders zu verfahren und zu urteilen, wie wenn der Mangel der Vollmacht gleich zu Anfang gerügt worden wäre. Mit Unrecht wird behauptet [Struckm. Koch N. 2, Endemann I S. 384], daß mit Rücksicht auf § 267 die vor der Rüge liegenden Handlungen gültig seien. § 267 ist schon deswegen

Digitized by Google

nicht anwendbar, weil das Gesetz das Verlangen der Vollmacht in jedem Stadium des Verfahrens gestattet. Der Gegner der Partei, für die der falsus procurator auftritt, kann doch nicht durch Unterlassung der Rüge eine Vertretung seines Gegners schaffen! [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 201 bei N. 6, A. Förster N. 3, Wach I S. 601 N. 16.]

§ 85.

Handelt jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurteil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Mot. S. 109, 110. KPr. S. 33, 517.

1. Es ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, jemanden, der die Prozeßfähigkeit hat, als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigten ohne Beibringung einer Vollmacht oder im Falle des § 76 Abs. 2 ohne beglaubigte Vollmacht für die klagende oder die beklagte Partei gegen oder ohne Sicherheitsleistung (vgl. § 101), für Kosten und Schäden, die dem Gegner im Falle der Verweigerung der Genehmigung oder durch das Fehlen des Vollmachtsnachweises erwachsen, zu jeder Art prozessualischer Thätigkeit einstweilen zugelassen. Erhebt der Gegner gegen die einstweilige Zulassung keine Einwendungen, so bedarf es keiner Entscheidung. Werden Einwendungen erhoben, so liegt ein Zwischenstreit vor, der durch Zwischenurteil oder auch in den Gründen des Endurteils zu entscheiden ist. Selbständiger Anfechtung unterliegt die Zulassung nicht. Da die Zulassung provisorisch ist, kann sie zurückgenommen werden. Zur Beibringung der Genehmigung oder der Vollmacht ist eine Frist zu bestimmen. Zweckmäßiger Weise wird in dem eine mündliche Verhandlung erfordernden Verfahren die Frist in Verbindung mit der Bestimmung eines weiteren Termins zur mündlichen Verhandlung gebracht [vgl. Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 281]. Die Frist kann verlängert werden. Auch die nach Ablauf der Frist erfolgende Genehmigung ist zu berücksichtigen, wenn sie vor dem Urteile erfolgt. Wird die Genehmigung ꝛc. beigebracht, so ist die Sache in Ordnung; die Prozeßhandlungen des Vertreters gelten für die Partei; das Verfahren kann seinen Fortgang nehmen. Wird die Genehmigung nicht erbracht und die Frist nicht verlängert, so sind die Handlungen des Zugelassenen für die Partei vorbehaltlich des Abs. 2 unwirksam. Nach Ablauf der Frist ist Endurteil und in einem Verfahren, das nicht zu einem Urteil führen kann (z. B. bei Anträgen auf Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises), Beschluß zu erlassen. Die Prozeßlage ist die gleiche, wie in dem Falle, daß jemand als falsus procurator befunden wird. Es ist daher so zu verfahren und zu entscheiden, wie in Bem. Nr. 4 zu § 84 dargelegt ist. — Vgl. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 763, Nr. 1 litt. a.

2. Beseitigt sind die gemeinrechtlichen Bestimmungen, nach denen jemand ein Recht darauf hatte, ohne Vollmacht mit oder ohne cautio ratam rem haberi oder cautio iudicatum solvi als Prozeßführer für einen anderen zugelassen zu werden.

3. Zu Abs. 2: Es kann vorkommen, daß jemand ohne Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen zu haben, zur Prozeßführung für eine Partei zugelassen wird. Dies ist insbesondere im Anwaltsprozesse möglich, wenn der Gegner den Mangel

Digitized by Google

der Vollmacht nicht rügt, aber auch im Parteiprozesse, wenn das Gericht aus Versehen trotz § 84 den Nachweis der Bevollmächtigung nicht verlangt, desgleichen bei provisorischer Zulassung nach § 85 Abs. 1. Die Partei, für die jemand, ohne schriftliche Vollmacht beizubringen, prozessualisch gehandelt hat, muß dessen Handlungen gleichwohl gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder die Prozeßführung ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen genehmigt hat. Im Einklang damit stehen die §§ 513 Nr. 5 und 542 Nr. 4. Vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 84. Der Beweis der Vollmachtserteilung oder Genehmigung kann durch alle Beweismittel geführt werden, die nach allgemeinen Regeln zulässig sind.

Partikularrechtliche Vorschriften, die für Vollmacht oder Genehmigung die Schriftform zur Gültigkeit erfordern, sind dem § 85 Abs. 2 gegenüber bedeutungslos.

§ 86.

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

Mot. S. 110, 111. EPr. S. 83, 517.

1. Über die geschichtliche Entwickelung der Beistandschaft (Advokatur) vgl. Planck I § 35. Dogmatisches bei Wach I S. 605 f., Planck I § 49, Hellmann Lehrb. S. 260 f. — Beistand ist die Person, die mit einer Haupt- oder Nebenpartei oder mit ihrem gesetzlichen Vertreter im Termine zur mündlichen Verhandlung oder zur Beweiserhebung vor Gericht erscheint, um die Partei in der Rechtsverfolgung oder Verteidigung zu unterstützen. Ein Bevollmächtigter kann nicht mit einem Beistande auftreten; denn das Gesetz spricht nur von der Partei, und der Bevollmächtigte hat nicht, wie der gesetzliche Vertreter, die Rechte und Pflichten der Partei. Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, also im Parteiprozesse (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 74) und in dem in § 74 Abs. 2 bezeichneten Verfahren (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 74), kann jede prozeßfähige (vgl. § 50 ff.) Person Beistand sein. Die Befugnis jedes Rechtsanwalts, vor jedem Gerichte als Beistand aufzutreten, ist in RAO. § 26 anerkannt.

Im Anwaltsprozesse ist kein Raum für einen Beistand. Die Partei kann nur durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt Prozeßhandlungen vornehmen lassen. Dieser kann keinen Beistand im Sinne des § 86 haben. Etwas anderes ist, daß er nach RAO. § 27 einem anderen RA. die Ausführung der Parteirechte und auch die Vertretung in der mündlichen Verhandlung übertragen kann.

2. Der Beistand kann alle Arten von Prozeßhandlungen, die im Termine möglich sind, vornehmen. Er kann Anträge stellen, Beweis antreten, Geständnisse und Anerkenntnisse abgeben, Verzichte erklären ꝛc. Was er vorträgt, gilt als von der Partei vorgebracht, insoweit es nicht von der Partei (oder ihrem Vertreter) sofort widerrufen oder berichtigt wird. Die Befugnis zum Widerrufe und zur Berichtigung erstreckt sich auf alles vom Beistande Vorgebrachte, nicht bloß auf Geständnisse und thatsächliche Erklärungen. Die Motive bezeichnen zwar die Bestimmung des Abs. 2 als eine dem § 81 analoge; aber bei der Verschiedenheit des Wortlauts kann nicht angenommen werden, daß das Widerspruchsrecht der Partei in gleicher Weise wie gegenüber dem Bevollmächtigten (s. Bem. Nr. 3 zu § 81) beschränkt sei.

3. Die Kosten, die durch die Zuziehung eines Beistandes entstehen, sind vom Gegner nur zu erstatten, wenn sie im Sinne des § 87 notwendig waren.

Digitized by Google

Fünfter Titel.
Prozeßkosten.

1. Litteratur: W. Waldner die L. v. d. Prozeßkosten nach österr. Prozeß- und Privatrecht, mit Berücksichtigung der CPrO. f. d. D. R. (Wien 1883), dort S. 1 Angaben über ältere Litt., W. Franke über Wesen und Sonderrecht der Verbindlichkeit zur Erstattung gegnerischer Prozeßkosten Ztschr. f. d. CPr. VI S. 64 ff., H. Meyer die Entscheidung über die Kosten eod. VII S. 281 ff., Planck I § 69, Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 98 ff. und XXXI S. 593 ff., Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 80 ff.

2. Die PrO. bestimmt über die zwischen den Parteien (im weiteren Sinne) durch die Prozeßführung entstehenden Ansprüche auf Erstattung von Prozeßkosten. Die Ansprüche des Fiskus bestimmen sich nach dem GKG. v. 18. Juni 1878 (RGBl. S. 141 ff.), dazu die Novelle v. 21. Juni 1881 (RGBl. S. 178), vgl. a. Kais. VO. v. 24. Dez. 1883, betr. die Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem Reichsgericht (RGBl. 1884 S. 1); die Ansprüche der Zeugen und Sachverständigen nach der GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173 ff.); die Ansprüche der Gerichtsvollzieher nach der GO. f. GV. v. 24. Juni 1878 (RGBl. S. 166 ff.) teilweise geändert durch RG. v. 21. Juni 1881 (RGBl. S. 178); die Ansprüche der Rechtsanwälte nach GO. f. RA. v. 7. Juni 1879 (RGBl. S. 176).

3. Außerhalb des fünften Titels stehen Bestimmungen über Prozeßkosten in § 72 für den Fall der Hinterlegung; § 216 Abs. 3 für den Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; §§ 251 Abs. 2, 256 Abs. 2 für den Fall des nachträglichen Vorbringens von Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismitteln; §§ 243 Abs. 3, 476 Abs. 3, 529 für Fälle der Zurücknahme der Klage und der Rechtsmittel; § 309 für das Verfahren auf Einspruch; §§ 344, 345, 366 bezüglich der Zeugen; §§ 367, 374, 378 bezüglich der Sachverständigen; § 467 Abs. 2 für Verweisung vom Amts- an das Landgericht; § 563 Abs. 2 für den Urkunden- und Wechselprozeß; § 591 für das Verfahren in Ehesachen; §§ 601, 614, 618, 622, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4 für das Verfahren in Entmündigungssachen; §§ 632, 638 für das Mahnverfahren; §§ 685 Abs. 2, 697, 708, 719, 759, 760 Abs. 2, 771 Abs. 3, 773, 792 für die Zwangsvollstreckung.

4. Die CPrO. enthält keine Bestimmungen über Leistung eines Kostenvorschusses an den Gegner. Civilrechtliche Bestimmungen, die eine Verpflichtung dazu aussprechen (z. B. l. 27 § 3 D. de inoff. test. 5, 2; l. 7 C. de ord. cogn. 7, 19; c. 11 X. de accus. 5, 1; cf. EA. VIII 308; XIX 193; XXIII 267; XXVIII 35; XXXII 147), sind nicht aufgehoben. Der Anspruch muß aber in einem besonderen Prozesse geltend gemacht werden.

§ 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen, oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

Mot. S. 111, 112. KPr. S. 33, 518, 660.

Digitized by Google

1. Die Motive bemerken: „Das Gesetz geht von dem Grundsatze aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich ziehe. Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben.

In Anwendung des allgemeinen Prinzips bestimmt der § 87, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, d. i. nicht nur die ihr erwachsenden Kosten zu tragen, sondern insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel enthalten die später zu rechtfertigenden §§ 89—92.

Im einzelnen Falle wird die Erstattungspflicht objektiv durch § 87 beschränkt auf die Erstattung der gegnerischen Kosten, soweit dieselben nach dem freien Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder an einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind (im Sinne des preußischen Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten).

Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet wird. Solche Forderungen sind in besonderem Prozesse zu verfolgen.

Das Gericht entscheidet über die liquidierten Kosten nach freiem Ermessen. Das Gericht hat solchergestalt frei zu würdigen über den Ersatz der Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung, ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen, ob die Partei Grund hatte, neben dem Prozeßbevollmächtigten im Termine persönlich zu erscheinen, über die Kosten für Beistände, ob die Kosten der Beweisaufnahme, z. B. des Zeugenbeweises, insgesamt nötig waren, ob Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmäßig verwendet sind, z. B. im Falle des § 742 u. s. w."

Den Rechtsgrund für den Anspruch des siegreichen Klägers auf Kostenerstattung findet Waldner a. a. O. in der mora des Beklagten, für den Anspruch des siegreichen Beklagten in der Rechtswidrigkeit der Anspruchsanmaßung; beides unrichtig, denn bei vielen begründeten Klagen kann nicht von mora des Beklagten die Rede sein und nicht jede unbegründete Klage ist rechtswidrige Anspruchsanmaßung. Francke a. a. O. findet den Rechtsgrund für den Kostenerstattungsanspruch darin, daß der Gegner die Ursache der Prozeßkosten ist. Ähnlich Planck I S. 379: „Billiger Weise erfolgt die im Prozeß gewährte Staatshülfe auf Kosten dessen, der die Notwendigkeit des Einschreitens veranlaßt hat."

Prozeßkosten sind die durch den Prozeß veranlaßten Kosten, insbesondere die Gerichtskosten einschließlich der Gebühren und Auslagen für Zeugen und Sachverständige, die Gebühren und Auslagen der Gerichtsvollzieher, der Bevollmächtigten einschließlich der Zustellungsbevollmächtigten und der Beistände, die Auslagen für Vollmachtsbeglaubigung sowie die Auslagen, die einer Partei durch Reisen zu einem Termine oder zu ihrem Anwalte erwachsen sind [vgl. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 284 und 540, OLG. Jena SA. XLII Nr. 152. AM. OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 251], nicht aber etwaige Ansprüche der Partei auf Ersatz für Zeitversäumnis durch derartige Reisen [vgl. Wilm. Levy N. 1 und RG. 20. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 134 S. 410. AM. Gaupp I S. 213 bei N. 21, Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 504, Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 389 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 591 ff., vgl. a. OLG. Kiel SA. XLI Nr. 145, OLG. Cassel SA. XLVII Nr. 60, OLG. Oldenburg SA. XLVII Nr. 292]. Auslagen für Mahnschreiben gehören nicht zu den Kosten des Prozesses [Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 285], auch nicht die Gebühren des Rechtsanwalts für Empfangnahme von Zahlungen [Meyer Ztschr. VII S. 285, Stegemann eod. S. 385, OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 248, OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 225, Sächs. Arch. II S. 814. AM. OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. VII

Digitized by Google

S. 359]; wohl aber die Kosten eines vorgängigen Mahnverfahrens und eines im Prozesse benützten Verfahrens nach HGB. Art. 348 Abs. 4 oder zur Sicherung des Beweises. Alle Prozeßkosten sind aber nur dann dem Gegner zu erstatten, wenn sie im Sinne des § 87 notwendig waren. [Vgl. RG. Entsch. XXXII Nr. 103 S. 387, OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 137.] Mehrkosten, die dadurch entstanden, daß mehrere gesonderte Klagen erhoben wurden, wo eine Klage hätte erhoben werden können, können als nicht notwendige von der Erstattung ausgeschlossen werden [vgl. OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 802]; nicht aber Mehrkosten die durch Klagerhebung im ordentlichen Prozesse entstanden, wo der billigere Urkundenprozeß möglich gewesen wäre [vgl. OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 804]. Kosten, die durch Vorbereitung der Klage erwachsen, können als Prozeßkosten nur geltend gemacht werden, wenn es zur Erhebung der Klage gekommen ist [vgl. RG. 10. Juni 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1180, OLG. Braunschweig SA. XLVI Nr. 219, Ztschr. f. d. CPr. XV S. 399 ff., XVII S. 476]. Ob sie in einem gesonderten Prozesse, etwa wegen Verzugs, gefordert werden können, ist eine materiellrechtliche Frage.

Auch Kosten, die der Erstattungsberechtigte noch nicht bezahlt hat, aber bezahlen muß, kommen als zu erstattende Prozeßkosten in Betracht; nicht aber unbezahlte Gerichtskosten, für die auch der Erstattungsverpflichtete nach GKG. § 86 der Gerichtskasse haftbar ist [RG. 11. Juni 1892 SA. XLVII Nr. 293].

2. Die Frage, welche Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, ist nach dem Zeitpunkte zu beurteilen, wo die die Kosten veranlassenden Handlungen vorgenommen wurden. Es kann sein, daß eine Kosten veranlassende Handlung auf das schließliche Urteil ohne allen Einfluß, nach der früheren Sachlage aber gleichwohl notwendig war.

3. Die Freiheit des richterlichen Ermessens bei Beurteilung der Frage, ob bestimmte Kosten notwendig waren, ist durch Abs. 2 eingeengt:

a) Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind nicht bloß im Anwaltsprozesse, wo die Notwendigkeit ohnedies feststeht, sondern auch im Parteiprozesse als notwendige zu behandeln, während die Frage, ob Kosten der Vertretung durch andere Prozeßbevollmächtigte oder durch Beistände notwendige waren, dem richterlichen Ermessen freigegeben ist. Bei den Reisekosten tritt wieder die unbeschränkte Freiheit des richterlichen Ermessens ein. Im Anwaltsprozesse hat das Gericht zu erwägen, ob die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts, im Parteiprozesse, ob die Zuziehung eines Anwalts überhaupt [AM. Rödenbeck Ztschr. f. d. CPr. IX S. 232 ff. Dagegen Struckmann Ztschr. f. d. CPr. X S. 350; vgl. a. RG. 9. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 77, 14. April 1890 XXVI Nr. 78 S. 378, OLG. Jena SA. XL Nr. 243] und ob die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts notwendig (nicht bloß nicht unnötig) war. Nur bei Bejahung jener Frage sind im Anwaltsprozesse, nur bei Bejahung dieser beiden Fragen sind im Parteiprozesse die Reisekosten als notwendige Kosten zu betrachten. Bezüglich der bei einem Kollegialgerichte zugelassenen und nicht am Gerichtssitze wohnenden Rechtsanwälte bestimmt RAO. § 18 Abs. 2, daß die Mehrkosten, die bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgerichte durch einen bei dem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß dieser seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts hat, von der Gegenpartei niemals zu erstatten seien.

b) Die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß eine Partei sich gleichzeitig mehrerer Anwälte bedient, sind von der Erstattung ausgeschlossen; die Gebühren des Korrespondenzmandatars (GO. f. RA. § 44) jedoch nur, wenn es nicht notwendig war, sich eines solchen zu bedienen [RG. 29. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 111 S. 402, vgl. a. RG. 29. Mai 1883

Digitized by Google

SA. XXXIX Nr. 104, 1. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 104 S. 357]. Die Gebühren ꝛc. eines zweiten Rechtsanwalts, der die Partei bei einer nicht am Sitze des Prozeßgerichts stattfindenden Beweisaufnahme vertrat, sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten nicht übersteigen, die durch die Zuziehung des zur Prozeßführung bevollmächtigten Anwalts erwachsen sein würden [RG. 14. Apr. 1890 Entsch. XXVI Nr. 78 S. 378].

c) Die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß eine Partei sich mehrerer Anwälte nach einander bedient, sind von der Erstattung ausgeschlossen, wenn nicht der Wechsel eintreten mußte. Ein Wechsel *mußte* eintreten, wenn der frühere Anwalt starb oder die Befähigung zur Vertretung in dem Prozesse durch Niederlegung oder Entziehung der Anwaltschaft verlor. [Vgl. RG. 2. Mai 1894 SA. L Nr. 44, 5. Mai 1894 eod. Nr. 45.] Auch durch Verweisung nach § 467 kann ein Wechsel nötig werden [RG. 19. Sept. 1887 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 173, 30. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 89 S. 418]. Ob der Wechsel, der durch Kündigung des Mandats von Seite des Anwalts oder der Partei eintrat, ein notwendiger war, ist nach den Umständen zu bemessen. Kündigt der Anwalt das Mandat, so mußte ein Wechsel eintreten, es wäre denn, daß die Partei durch ihr Verhalten, z. B. durch Verweigerung einer Zahlung, die Kündigung veranlaßte [vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 54]. Kündigte die Partei das Mandat, so wird regelmäßig der Wechsel nicht als notwendig zu betrachten sein. Auch die Kosten mehrerer Armenanwälte sind nicht zu erstatten, wenn der Wechsel durch die Partei veranlaßt wurde [RG. 29. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 109 S. 393]. Wegen der Kosten mehrerer Anwälte bei Streitgenossenschaft s. Bem. Nr. 2 litt. h zu § 58.

d) Schranken des richterlichen Ermessens enthalten auch die §§ 90 und 180.

4. Über die Kosten des Rechtsstreits muß in dem den Prozeß abschließenden Endurteile (Schlußurteil) entschieden werden, soweit nicht bereits *vorher* darüber entschieden ist. Hinsichtlich der Notwendigkeit der Entscheidung über die Prozeßkosten stehen dem Schlußurteile die Urteile nach § 502 und § 562 gleich.

Vor dem Schlußurteile kann und muß unter Umständen über Kosten entschieden werden. a) Im bedingten Endurteile kann bedingt über die Kosten entschieden werden. b) Im Teilurteile muß regelmäßig über die bis dahin erwachsenen Kosten entschieden werden. Die Aussetzung der Entscheidung bis zum letzten Teilurteile würde zur Folge haben, daß die Kostenentscheidung des letzten Teilurteils nur mit diesem anfechtbar wäre, während das erste Teilurteil doch die Unterlage der Kostenentscheidung ist und möglicherweise die Entscheidung des letzten Teilurteils zur Hauptsache gar keinen Grund zur Anfechtung giebt. [Abweichend RG. 7. Dez. 1887 SA. XLIII Nr. 167.] Nur in dem Falle, daß das Teilurteil keinen Einfluß auf die schließliche Entscheidung im Kostenpunkte ausüben würde, was selten zutreffen wird, darf diese Entscheidung bei dem ersten Teilurteile ausgesetzt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Altvater Ztschr. f. d. CPr. X S. 250 ff., Wex Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 281 ff. AM. v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 709, 714. Nach Planck I S. 387 u. Gaupp I S. 211 soll im Teilurteile nur über absonderungsfähige Kosten entschieden werden können.] c) Kostenseparation nach § 90 (Verurteilung in die durch Versäumnis ꝛc. verursachten Kosten) kann entweder in der die Instanz abschließenden Entscheidung oder auch schon vorher durch Beschluß erfolgen [vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 301, Planck I S. 387 N. 56]. Der Beschluß, worin die Kostenseparation ausgesprochen wird, ist nicht selbständig, aber als antizipierter Bestandteil der Kostenentscheidung des Endurteils durch das gegen dieses eingelegte Rechtsmittel anfechtbar (arg. §§ 473, 510). d) Kostenseparation nach § 91 kann entweder in der die Instanz abschließenden Entscheidung oder auch schon vorher, und zwar sowohl durch

Digitized by Google

Beschluß als auch gelegentlich eines Zwischenurteils unter den Parteien (über diesen Begriff s. die Bemerkungen zu § 275) ausgesprochen werden. Wird die Kostenseparation durch Beschluß oder gelegentlich eines Zwischenurteils ausgesprochen, so ist sie nicht selbständig, aber als antizipierter Bestandteil der Kostenentscheidung des Endurteils durch Rechtsmittel gegen dieses anfechtbar (arg. §§ 473, 510). [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit S. 18.] Über die Prozeßkosten als Ganzes (im Gegensatz zur Separation) kann im Zwischenurteil unter den Parteien nicht entschieden werden [vgl. RG. 26. April 1885 Entsch. XIII Nr. 104 S. 390]. e) In den Fällen des § 92 muß die Kostenentscheidung mit der die Rechtsmittelinstanz abschließenden Entscheidung, auch wenn sie den Prozeß nicht beendigt, ausgesprochen werden, und zwar wenn das Rechtsmittel Berufung oder Revision ist, durch Urteil, wenn es Beschwerde ist, durch Beschluß. f) In dem Zwischenurteile, das einen Zwischenstreit unter den Parteien und einem Dritten beendigt (§§ 68, 126, 352), muß über die Kosten des Zwischenstreits entschieden werden. Die Entscheidung ist mit sofortiger Beschwerde gegen das Zwischenurteil anfechtbar. § 94 findet entsprechende Anwendung. g) Wegen der Entscheidung im Falle des § 97 s. Bem. Nr. 4 zu § 97.

5. Über die Kostenentscheidung in dem Falle, daß die Hauptsache erledigt ist, s. Bem. Nr. 4 zu § 94. Die Prozeßkosten können nicht durch selbständige Klage eingeklagt werden, vgl. Bem. Nr. 4 a. E. zu § 292.

§ 88.

Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesamten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei eine verhältnismäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

Mot. S. 112, 113. KPr. S. 83, 519, 702, 703.

1. Bei teilweisem Siege und Unterliegen jeder Partei, wozu auch der Fall gehört, wenn der siegende Kläger als Widerbeklagter unterliegt und umgekehrt, kann auf Aufhebung oder auf verhältnismäßige Teilung der Kosten erkannt werden. Die Wahl steht dem Gerichte frei.

Die Aufhebung (Vergleichung der Kosten, Kostenkompensation) besteht darin, daß jede Partei die von ihr aufgewendeten Kosten selbst zu tragen hat. In der Anordnung der Kostenaufhebung liegt die Festsetzung, daß die Gerichtskosten jeder der beiden Parteien zur Hälfte zur Last fallen [RG. 11. März 1882 Entsch. VI Nr. 124 S. 400].

Über die Teilung bemerken die Motive: „Die verhältnismäßige Teilung der Kosten unter die Parteien kann in sehr verschiedener Weise geschehen. Es kann das Gericht der einen Partei eine bestimmte Summe — pars quanta — der Kosten auferlegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; das Gericht kann aber auch die Kosten nach bestimmten Anteilen — pars quota — verteilen, und zwar kann die letztere Teilung die gesamten Prozeßkosten umfassen oder sich auf einen Teil derselben beschränken. In dem ersteren Falle werden die gesamten, beiden Teilen erwachsenden Prozeßkosten als ein Ganzes behandelt, und von der Gesamtsumme wird jedem Teile eine bestimmte Quote zur Last gelegt. In dem letzteren Falle wird der einen Partei ein aliquoter Teil der Prozeßkosten des Gegners zur Erstattung auferlegt, während im übrigen die Kosten beider Teile verglichen werden." Vgl. dazu § 100.

2. Da jede Zuvielforderung zu einem teilweisen Siege und teilweisen Unterliegen

Digitized by Google

jeder Partei führt, so müßte auch die kleinste Zuvielforderung zur Aufhebung oder zur Teilung der Kosten führen. Das wäre unbillig. Abs. 2 des § 88 gestattet daher in den hier bezeichneten Fällen einer Partei die gesamten Kosten aufzuerlegen. Das Abhängigsein des Betrags der Forderung von einer gegenseitigen Berechnung rechtfertigt die Auferlegung der gesamten Kosten an den Schuldner nur, wenn der Gläubiger zu außergerichtlicher Abrechnung bereit war.

3. Siegt der Beklagte, so können die Kosten nicht deswegen aufgehoben oder nach Quoten verteilt werden, weil ein Verteidigungsmittel erfolglos war [vgl. RG. 20. Sept. 1882 SA. XXXVIII Nr. 171].

§ 89.

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

Mot. S. 113. KPr. S. 88, 518, 519.

1. Ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, ist unter Berücksichtigung des materiellen Rechts und der Anschauungen des Geschäftsverkehrs nach dem Ermessen des Gerichts zu beurteilen. Die Frage ist durchaus nicht identisch mit der, ob der Kläger ein Klagerecht hat. Wird diese verneint, so ist die Klage abzuweisen; dann fallen dem Kläger die Kosten zur Last. § 89 setzt voraus, daß in der Hauptsache zu Gunsten des Klägers erkannt wird oder erkannt werden müßte, wenn nicht der Beklagte den Anspruch des Klägers befriedigt hätte. Der Kläger muß gleichwohl die Kosten des Prozesses tragen, wenn die Umstände so liegen, daß anzunehmen ist, der Beklagte würde dem im Prozesse sofort anerkannten Anspruche des Klägers auch ohne Gerichtshülfe entsprochen haben, wenn ihm dazu Gelegenheit gegeben worden wäre [vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 292]. — Verzug auf Seite des Beklagten schließt die Anwendung des § 89 regelmäßig aus; aber das Nichtvorhandensein von Verzug muß nicht zur Anwendung des § 89 führen. Beispiele, in denen § 89 angewendet werden kann, bieten die Klage des Schneiders, der den Kunden, ohne ihm die Rechnung übersandt zu haben, verklagt; die Klage des Eigentümers gegen den gutgläubigen Besitzer, der nicht zur Herausgabe aufgefordert worden war; die Widerspruchsklage nach § 690, wenn der Gläubiger von dem die Zwangsvollstreckung hindernden Rechte des Klägers vor der Klagezustellung nichts wußte ꝛc. Vgl. a. KO. § 9 Abs. 2. — Für Feststellungsklagen (§ 231) hat § 89 kaum Bedeutung; wenn nämlich der Beklagte keine Veranlassung zur Klagerhebung gab, werden die Voraussetzungen zur Feststellungsklage fehlen. [Vgl. Wach I S. 20 N. 18. AM. Gaupp I S. 218 N. 12.]

2. Der Beklagte muß den Anspruch sofort, d. i. bei der ersten mündlichen Verhandlung [vgl. OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 262], ganz und vorbehaltlos anerkennen. Bestreiten im vorbereitenden Schriftsatze schließt die Anwendung des § 89 nicht unbedingt aus. Unter Umständen kann auch das Anerkenntnis, das in der Verhandlung über den Einspruch abgelegt wird, ein sofortiges im Sinne des § 89 sein. [Vgl. Gerlach Ztschr. f. d. CPr. XX S. 154 ff.] — Zur Anwendung des § 89 ist kein Antrag des Beklagten erforderlich.

3. Im Versäumnisverfahren ist § 89 nicht anwendbar. Der Entwurf fuhr nach dem Worte „anerkennt" fort: „oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt." In der JK. d. RT. wurde dieser Satz gestrichen, um die Anwendung des § 89 auf den Versäumnisfall auszuschließen.

Digitized by Google

§ 90.

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

Mot. S. 114. KPr. S. 33, 519.

1. Die Motive bemerken zu den §§ 90, 91, 92 Abs. 2: „Die §§ 90, 91, 92 Abs. 2 umfassen die Fälle der Kostenseparation, deren allgemeines Prinzip darin besteht, daß auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch ihre Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen. In diesen Fällen und im § 89 hat die obsiegende Partei gegen das allgemeine Prinzip des § 87 nicht nur ihrerseits keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten, sondern auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners."

In welchen Entscheidungen die Kostenseparation ausgesprochen werden kann, s. Bem. Nr. 4 zu § 87.

2. § 90 enthält eine zwingende Vorschrift. Sie dient zur Verhütung der Prozeßverschleppung. Termins- und Fristversäumnis verpflichtet unbedingt zur Kostentragung, auch wenn den Säumigen kein Verschulden trifft. Terminsversäumnis liegt nicht vor, wenn ordnungsmäßige Ladung fehlt (§ 300 Nr. 1). Die Pflicht zur Kostentragung wird durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und durch Aufhebung des Versäumnisurteils zufolge Einspruchs nicht berührt (§ 309). — Die durch Verlegung eines Termins, Vertagung der Verhandlung, Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung (über diese Begriffe s. § 206 Bem. Nr. 1) oder Verlängerung einer Frist verursachten Kosten hat die Partei zu tragen, die die Verlegung ꝛc. ꝛc. durch ihr Verschulden (dolus oder culpa) veranlaßt hat. Gleichviel ist, ob die Verlegung ꝛc. ꝛc. auf Antrag der sie veranlassenden Partei oder des Gegners oder von Amtswegen beschlossen wurde. Durch Verschulden sind insbesondere Vertagungen, die durch Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 128, 192, 234, 244, 459, 481, 484, 519 oder der Vorschrift des § 245 oder bei Anwendung des § 143 veranlaßt sind. Im Falle der schuldhaften Veranlassung einer Terminsverlegung ꝛc. ꝛc. kann das Gericht nach GKG. § 48 eine besondere Gebühr, eine Art von Prozeßstrafe, erheben.

§ 91.

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

Mot. S. 114. KPr. S. 33, 519.

1. Die Erfolglosigkeit einzelner Angriffs- oder Verteidigungsmittel rechtfertigt nicht unter allen Umständen die Ausscheidung der dadurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei. Denn die Parteien müssen in der Wahl ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel frei sein, und das Geltendmachen erfolgloser Angriffs- oder Verteidigungsmittel neben erfolgreichen ist nichts widerrechtliches. Deswegen hat das Gericht im einzelnen Fall zu prüfen, ob die Anordnung, daß die obsiegende Partei die durch das erfolglose Angriffs- oder Verteidigungsmittel entstandenen Kosten zu tragen und dem Gegner zu ersetzen habe, sich aus besonderen Umständen rechtfertige. Zumeist wird dazu erforderlich sein, daß die Partei die Erfolglosigkeit voraussehen konnte. Die Anwendung des § 91 setzt keinen Parteiantrag voraus. Wegen der Entscheidung vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87.

Digitized by Google

2. Unter Angriffs- und Verteidigungsmitteln sind hier wie in §§ 64, 65, 491 Klagegründe, Einreden, Repliken ꝛc. sowie auch Beweisanträge und Beweiseinreden zu verstehen; nicht Rechtsmittel, nicht die Widerklage (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 137) [RG. 2. Febr. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1183 u. SA. XLVII Nr. 228]. Anderen Sinn hat derselbe Ausdruck in §§ 137, 251, 252, 275, 315. — Aufhebung oder quotenmäßige Verteilung der Kosten ist in den Fällen des § 91 nicht zulässig; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 88.

3. Nach § 87 Abs. 1 können bei der Kostenliquidation die der obsiegenden Partei durch ein erfolgloses Angriffs- oder Verteidigungsmittel erwachsenen Kosten als nicht notwendige Kosten abgewiesen, es kann aber der Obsiegende aus § 87 Abs. 1 niemals zu einer Erstattung an den Gegner angehalten werden. Das ist nur durch Entscheidung nach § 91 möglich.

§ 92.

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im stande war.

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Wert des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.

Mot. S. 114, 115. KPr. S. 33, 519, 660, 661. KPr. z. GVG. S. 360, 361.

1. Vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 316 ff., Marcus eod. XII S. 222 ff., H. Meyer eod. XIII S. 331 ff. — § 92 betrifft die Entscheidung über die Kosten der Rechtsmittelinstanz. Über den Begriff „Rechtsmittel" s. Bem. Nr. 2 zur Überschrift des dritten Buchs vor § 472.

Wird zufolge eines Rechtsmittels die Entscheidung der Vorinstanz ganz oder teilweise aufgehoben, so sind die Kosten des Rechtsmittels als ein Teil der Gesamtprozeßkosten zu betrachten und in Gemäßheit der §§ 87, 88 dem unterliegenden Teil aufzuerlegen, bei teilweisem Siege aber aufzuheben oder zu verteilen. Erläßt die Rechtsmittelinstanz selbst das Schlußurteil, so entscheidet sie auch über die Kosten. Verweist das höhere Gericht die Sache an die untere Instanz zurück (§§ 500, 501, 528), so entscheidet diese auch über die Kosten der Rechtsmittelinstanz. Das Gericht der Rechtsmittelinstanz kann in diesem Falle aussprechen, daß die Entscheidung über die Prozeßkosten dem Endurteile vorbehalten bleibt. Über die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde vgl. Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.

Wird das Rechtsmittel als unzulässig oder als unbegründet verworfen oder wird es zurückgenommen (§ 476), dann sind die Kosten der Rechtsmittelinstanz zu sondern und der Partei aufzulegen, die das Rechtsmittel eingelegt hat. Dem Gegner sind die notwendigen Kosten (§ 87) der Rechtsmittelinstanz zu erstatten.

Kostenseparationen nach §§ 90, 91 sind innerhalb der Rechtsmittelinstanz zulässig. Auch die Anwendung des § 88 Abs. 2 ist bei geringfügiger Abänderung nicht ausgeschlossen.

Digitized by Google

2. Abs. 2 gewährt eine diskretionäre Befugnis zur Kostenseparation (Bem. Nr. 1 zu § 90). Unter neuem Vorbringen sind sowohl neue thatsächliche Behauptungen wie neue Bestreitungen, neue Einreden, Repliken ꝛc. und neue Beweismittel zu verstehen. Neues Vorbringen sind auch die in der Berufungsinstanz vorgebrachten, in erster Instanz gemäß §§ 252, 338, 398 wegen Verspätung zurückgewiesenen Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel. Das Gericht muß die Überzeugung haben, daß das, was in der zweiten Instanz neu vorgebracht wurde, aus Nachlässigkeit oder in der Absicht der Prozeßverschleppung früher nicht vorgebracht wurde. — Der Abs. 2 ist auch dann anzuwenden, wenn der Berufungsbeklagte nur zufolge neuen Vorbringens von seiner Seite Sieger bleibt, während das Berufungsgericht nach der Prozeßlage der Vorinstanz abändern würde [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 333 ff. gegen Marcus a. a. O.]; nicht aber, wenn das, was in der Berufungsinstanz neu vorgebracht wurde, in erster Instanz ex officio hätte berücksichtigt werden sollen. Im Falle der Zurückverweisung kann auch die erste Instanz den Abs. 2 anwenden. — Die auf Grund neuen Vorbringens in der zweiten Instanz siegende Partei kann auch in die Kosten der ersten Instanz verurteilt werden, wenn der Sieg auf einem erst nach der erstinstanziellen Verhandlung eingetretenen Umstande beruht [RG. 13. Okt. 1893 SA. XLIX Nr. 200].

3. Zu Abs. 3 vgl. GVG. § 70 Abs. 2 und 3, sowie RG. betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben in d. Fassung d. Bekanntm. v. 3 Juni 1883 (RGBl. S. 179 § 32). Die Zuweisung der dort bezeichneten Klagen zur Zuständigkeit der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ergiebt die Möglichkeit, diese Sachen zur Revisionsinstanz zu bringen (§ 509). Hat der Vertreter des Reichs oder des beteiligten Einzelstaates die Revision eingelegt, so sind die Kosten der Revisionsinstanz stets dem beteiligten Reichs- oder Staatsfiskus aufzuerlegen, wenn der Streit dem Werte nach nicht zum Landgerichte gehörte. Hat nicht der Vertreter des Reichs oder Staates, sondern der Gegner die Revision ergriffen, so ist nach allgemeinen Grundsätzen über die Kosten der Revision zu erkennen (KPr. z. GV. S. 360, 361). — Für andere Fälle der ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte — s. Bem. Nr. 3 zu § 1 — gilt der Abs. 3 des § 92 nicht.

4. Die Anwendung der Vorschriften des § 92 erfordert keinen Parteiantrag.

§ 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

Mot. S. 115. KPr. S. 33, 519.

1. Der Begriff des Vergleichs ist aus dem Civilrechte zu entnehmen. Lege non distinguente ist § 93 auf den gerichtlichen (d. i. vor Gericht geschlossenen) wie auf den außergerichtlichen Vergleich anwendbar. — Was unter Aufhebung der Kosten zu verstehen ist, s. Bem. Nr. 1 zu § 88.

2. Es besteht nicht etwa eine widerlegbare Vermutung, daß im Falle des Vergleichs die Aufhebung der Kosten dem Willen der Parteien entspreche, sondern das Gesetz läßt die Aufhebung der Kosten unabhängig von dem Willen der Parteien als Folge jedes Vergleichsabschlusses eintreten, bei dem nichts anderes über die Kosten vereinbart ist.

3. Über welche Kosten schon vor Beendigung des Rechtsstreits rechtskräftig erkannt sein kann, ergiebt sich aus Bem. Nr. 4 zu § 87.

4. Wegen der Gebühren bei Vergleichen s. GKG. §§ 21, 23, 41, 101 in d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. §§ 13 Abs. 1 Nr. 3, 18.

Digitized by Google

§ 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Mot. S. 115, 116. KPr. S. 33, 519.

1. Litteratur: Birkmeyer Meckl. Ztschr. I S. 82 f., S. 320 ff., auch abgedruckt in dessen Rechtsfälle a. d. Pr. d. RCPr. S. 34 f., S. 71 ff., Nachtr. S. 98 ff., Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 259, Scherer eod. V S. 484, Francke eod. IV S. 80, 90, Barazetti Rechtsmittel der Berufung und Beschwerde S. 32, 87, Brettner Mag. f. d. R. III S. 211 ff., Klemm Sächs. Ann. IV S. 234 ff., Oppenheim Beitr. z. Erl. d. DR. XXVII S. 176 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 487 ff. — Entsch. d. RG. VI Nr. 98 S. 341, Nr. 135 S. 433 ff., IX Nr. 94 S. 325, X Nr. 91 S. 309 ff., XIII Nr. 80 S. 327, Nr. 105 S. 395, XV Nr. 122 S. 427, XVI Nr. 72 S. 323, XVIII Nr. 98 S. 419, XXIII Nr. 78 S. 339, XXVII Nr. 95 S. 365, 108, 407, XXIX Nr. 99 S. 379, XXXI Nr. 8 S. 44. — Vgl. auch SA. XXXVII Nr. 341, 342, 343, XXXVIII Nr. 341, 342, XXXIX Nr. 139, XLII Nr. 153, XLV Nr. 50, XLVI Nr. 290; Beitr. z. Erl. d. DR. XXVII S. 733 und S. 745, XXXIII S. 1139, Sächs. Arch. IV S. 718, Wenglers Arch. 1883 S. 414, Ztschr. f. d. CPr. VII S. 96, Oldenb. Ztschr. X S. 133.

2. Die Entscheidung über den Kostenpunkt kann unrichtig sein wegen unrichtiger Entscheidung in der Hauptsache oder trotz richtiger Entscheidung in der Hauptsache wegen Verletzung der Vorschriften der PrO. über die Prozeßkosten. Wäre im ersteren Falle die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache gestattet, so würde das höhere Gericht in die Lage kommen, die Hauptsache gelegentlich der über die Nebensache beantragten Nachprüfung gleichfalls nachzuprüfen, ohne daß diese Nachprüfung für die Hauptsache von Bedeutung wäre. „Es sind aber Urteile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden" (Mot. S. 116). Deswegen ist die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte in diesem Falle ausgeschlossen. Wäre im anderen Falle die selbständige Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte gestattet, so würde sich das Rechtsmittel als eine Art von Nichtigkeitsbeschwerde wegen unrichtiger Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Prozeßkosten gestalten. „Für ein solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfnis umsoweniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunktes einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft genug vorkommen werden" (Mot. S. 116). Deswegen ist die selbständige Anfechtung der Entscheidung auch im anderen Falle ausgeschlossen.

3. Wird die Entscheidung in der Hauptsache durch ein Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde) angefochten, so kann auch die damit verbundene Entscheidung im Kostenpunkte (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87) angefochten werden und zwar mit dem gleichen Rechtsmittel, wie die Entscheidung in der Hauptsache. Hauptsache bezeichnet hier den Gegensatz zum Kostenpunkte; die Entscheidung über eine Prozeßeinrede kommt also hier als Entscheidung in der Hauptsache in Betracht [vgl. RG. 31. Jan. 1889 Entsch. XXIII Nr. 78 S. 341, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 48], ebenso die Entscheidung über eine als Nebenforderung geltend gemachte Zinsforderung [RG. 6. Dez. 1890 SA. XLVI Nr. 290]. Auf Entscheidungen über die Kostenpflicht im Zwangsvollstreckungsverfahren findet § 94 entsprechende Anwendung [vgl. RG. 8. Juli 1886 SA. XLII Nr. 153. AM. bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 338].

Digitized by Google

a) Die Entscheidung in der Hauptsache ist durch Berufung oder Revision angefochten, wenn das Rechtsmittel gegen die Entscheidung zulässig [vgl. RG. 30. Apr. 1884 Entsch. XIII Nr. 105 S. 395], innerhalb der Notfrist und in ordnungsmäßiger Form eingelegt ist und wenn bei der mündlichen Berufungs- oder Revisionsverhandlung ein Antrag auf Abänderung der Entscheidung zur Hauptsache gestellt wird. Zwar spricht § 94 nur von „Einlegung" des Rechtsmittels, was den Schein erregt, als ob der Einlegungsakt (§§ 479, 515) das allein Entscheidende wäre. Allein dies kann nicht der Sinn des Gesetzes sein. Denn die Einlegung des Rechtsmittels greift immer die Entscheidung als Ganzes an; die in der Berufungs- oder Revisionsschrift enthaltenen Anträge haben nur vorbereitende Natur; bei der mündlichen Verhandlung können andere Anträge gestellt werden; maßgebend für die Kognition des höheren Gerichts sind die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 480, Bem. Nr. 2 zu § 516). Daher ist für die Frage, ob die Anfechtung sich auf die Hauptsache bezieht oder sich auf den Kostenpunkt beschränkt, nicht der Antrag in der Berufungs- oder Revisionsschrift, sondern der Antrag in der mündlichen Verhandlung maßgebend. Wurde ein Antrag auf Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache bei der Einlegung (§§ 479, 515) angekündigt, aber nicht mündlich vorgebracht, oder anfänglich gestellt, im Laufe der Verhandlung aber zurückgezogen, so daß nur mehr der Antrag auf Abänderung der Kostenentscheidung übrig bleibt, so ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2 Birkmeyer Rechtsf. S. 99, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 80 f., RG. 3. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 135 S. 435 f., bay. ob. LG. Bl. f. RA. LII S. 406.] War aber gegen die Entscheidung in der Hauptsache das Rechtsmittel zulässigerweise eingelegt, so wird das Rechtsmittel nicht dadurch unzulässig, daß nach der Einlegung die Hauptsache sich erledigt, sondern kann zur Anfechtung der Kostenentscheidung allein aufrecht erhalten werden [vgl. RG. 13. Juli 1887 Entsch. XVIII Nr. 98 S. 418 ff., 25. Febr. 1888 XX Nr. 106 S. 430, 13. Okt. 1888 SA. XLIV Nr. 225 S. 362, 20. Okt. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1139, OLG. Dresden Sächs. Arch. I S. 74]. Stellt sich in der Rechtsmittelinstanz heraus, daß der Anspruch zur Hauptsache vor Einlegung des Rechtsmittels erloschen war, so ist das Rechtsmittel doch nicht als unzulässig zu verwerfen, sondern auch bezüglich des Kostenpunkts zuzulassen, wenn der Rechtsmittelkläger das Erlöschen jenes Anspruchs bestritten hatte [RG. 25. Okt. 1890 Entsch. XXVII Nr. 95 S. 365]. Die Berufung des Beklagten gegen das ihn verurteilende Erkenntnis ist bezüglich der Hauptsache und der Kosten zulässig, auch wenn der Kläger nach dem Urteile auf den Anspruch verzichtet hat, weil durch den Verzicht der Prozeß nicht erledigt ist [RG. 11. März 1891 Entsch. XXVII Nr. 108 S. 407]. Ebenso ist die Berufung des Beklagten in Hauptsache und Kosten noch zulässig, nachdem der Beklagte das Urteil erfüllt hat [RG. 17. März 1892 XXIX Nr. 99 S. 379, 6. Juni 1894 XXXIII Nr. 102 S. 383, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 361. Abw. RG. 7. Juni 1894 eod. S. 718]. Wird von dem Berufungs- oder Revisionskläger die Entscheidung in der Hauptsache angefochten, so kann der Gegner auch ohne Anschließung zur Hauptsache die Änderung der Entscheidung im Kostenpunkte zu seinen Gunsten beantragen, vgl. Mot. S. 116, S. 303 cit. in Bem. Nr. 2 zu § 482 [OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 224]. — Das Berufungs- und das Revisionsgericht kann die Entscheidung im Kostenpunkte abändern, auch wenn es die zur Hauptsache gestellten Anträge als unbegründet verwirft.

b) Die Entscheidung in der Hauptsache ist durch Beschwerde angefochten, wenn bei ordnungsmäßiger Einlegung (§§ 532, 540) zulässiger Beschwerde in der Beschwerdeschrift oder der protokollarischen Erklärung die Abänderung der Hauptentscheidung verlangt ist. Spätere Zurücknahme der auf die Hauptentscheidung bezüglichen Beschwerde muß zur Ver-

Digitized by Google

werfung des Rechtsmittels als unzulässig führen. Der Gegner des Beschwerdeführers kann eine Änderung der Entscheidung über die Kosten ohne Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache beantragen, wenn der Beschwerdeführer diese Entscheidung angefochten hat [OLG. Kiel SA. XLVI Nr. 135]. Wegen weiterer Beschwerde vgl. Bem. Nr. 2 zu § 531 und Entsch. d. RG. VI S. 339.

4. Erledigt sich die Hauptsache ohne Entscheidung — durch Zurücknahme der Klage oder durch Befriedigung des Klägers — so ist nur über die Kosten zu entscheiden. Bei Zurücknahme der Klage ist der Kläger kostenpflichtig (§ 243 Abs. 3). Bei Befriedigung des Klägers ist über die Kosten so zu entscheiden, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn es zu einem Urteile über Hauptsache und Kosten gekommen wäre [vgl. Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 98 ff.]. Die Entscheidung ist gemäß § 94 unanfechtbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 224, Petersen (2) S. 185, Förster N. 2, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 80, Oppenheim Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 716 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 487 ff., KG. Berlin Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 716 ff., bay. ob. LG. in SA. XXXVII Nr. 342, XXXVIII Nr. 342 und endlich auch RG. verein. CS. 18. Okt. 1883 Entsch. V N. 91 S. 309, RG. 16. Jan. 1889 SA. XLV Nr. 50, 1. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 109 S. 364, 27. März 1893 XXXI Nr. 8 S. 44. Dagegen hat Birkmeyer Mecklz. Ztschr. I S. 82, 320 ff. und Rechtsfälle S. 34, 71 ff. die unrichtige Ansicht aufgestellt, daß das isolierte Urteil über die Kosten selbständig anfechtbar sei, und das RG. hatte sich in mehreren UU. — Entsch. VI Nr. 135. IX Nr. 94, Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 745 — dieser Ansicht angeschlossen. Die Widerlegung s. bei Wilm. Levy, Oppenheim, L. Seuffert a. a. O. und jetzt in den Gründen der Entsch. der verein. CS.] Wohl aber kann eine nur den Kostenpunkt betreffende Entscheidung aus dem Grunde, daß mit Unrecht nicht über die Hauptsache erkannt wurde, angefochten werden [RG. 13. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 1154].

5. Auf Anfechtung eines Versäumnisurteils durch Einspruch findet § 94 nicht Anwendung [RG. 31. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 80 S. 329]. — Auf die Berufung gegen Entscheidungen des Patentamts ist § 94 nicht anwendbar [RG. 1. Nov. 1890 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 150. AM. RG. 30. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 98 S. 329].

§ 95.

Besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopfteilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Beteiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

Mot. S. 116, 117. KPr. S. 33, 34, 519, 520.

1. Vgl. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 325 f. — § 95 gilt sowohl bei Streitgenossenschaft im Sinne der §§ 56 ff., wie auch im Falle der Verbindung nach § 138; denn auch in diesem Falle erfolgt, solange die Verbindung nicht wieder gelöst ist (§ 141), einheitliche Verhandlung und Entscheidung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Petersen (2) S. 138,

Digitized by Google

Meyer a. a. O. S. 326; auch das RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 95 S. 356, 11. Febr. 1882 VI Nr. 130 S. 416 steht auf dem Standpunkte, daß die Verbindung abgesehen von der Zuständigkeit dieselbe Wirkung wie eine Streitgenossenschaft habe. AM. Gaupp I S. 226, Endemann II S. 403. Die Mot. S. 116 sagen, daß § 93 (= 95) nur für die Streitgenossenschaft gelte. Die Mot. S. 136 reden aber auch im Falle des § 138 von „objektiver und subjektiver Klagenkumulation."] § 95 ist auch anzuwenden, wenn das Urteil gegen einen Streitgenossen auf Versäumnis, gegen den anderen auf zweiseitiger Verhandlung beruht [RG. 21. Dez. 1887 SA. XLIII Nr. 227]. Ist Trennung gemäß § 136 angeordnet, so ist § 95 nur auf die vorher erwachsenen Kosten anwendbar. — Auf die Kosten der Zwangsvollstreckung ist § 95 regelmäßig nicht anwendbar; jeder Streitgenosse haftet für die Kosten der gegen ihn gerichteten Vollstreckungshandlungen. Nur wenn eine Vollstreckungsmaßregel gegen mehrere Streitgenossen sich richtet, findet § 95 entsprechende Anwendung.

2. Wenn die mehreren, auf einer Parteiseite stehenden und gemeinsam unterliegenden Personen nicht nach dem bürgerlichen Rechte — vgl. Bem. Nr. 3 — für die Kosten solidarisch haften, so hat jede Person einen Kopfteil an den gemeinsamen Kosten zu tragen; keiner haftet für den Teil des anderen. Die Haftung nach Kopfteilen kann nach Ermessen des Gerichts gemäß Abs. 2 modifiziert werden. — Abs. 3 enthält einen Fall von Kostenseparation, ist also im Urteile, nicht erst bei der Kostenfestsetzung, zu berücksichtigen.

3. Zu Abs. 4: Ist auf Grund von Bestimmungen des materiellen Rechts eine solidarische Haftbarkeit der Streitgenossen für die Prozeßkosten begründet, so ist dies im Prozesse bei der Entscheidung über die Kostenpflicht zu beachten. Insoweit zessiert die Regel, d. i. die nichtsolidarische Haftung der Streitgenossen nach Kopfteilen (Abs. 1) oder Raten (Abs. 2). Aus materiellrechtlichen Bestimmungen ist die solidarische Haftung der Streitgenossen für die Prozeßkosten begründet in dem wenig bedeutsamen Falle eines Vertrags, durch den sich mehrere Verpflichtete auch zur solidarischen Haftung für die Kosten verpflichtet haben. Haftet der Bürge für die durch den Prozeß gegen den Hauptschuldner erwachsenen Kosten, was wegen der Haftung des Bürgen für Accessionen der Hauptschuld gemeinrechtlich und nach preuß. LR. anzunehmen ist, soweit nicht besondere Beschränkung stattfand — vgl. SA. III Nr. 325, XX Nr. 226, Windscheid Pand. II § 477 N. 26 — so muß er, wenn er mit dem Beklagten verurteilt wird, auch zur solidarischen Tragung der Kosten verurteilt werden. Das gleiche Resultat kann sich ergeben, wenn der Schuldner und der dritte Besitzer eines Pfandes oder wenn mehrere Besitzer mehrerer mit Gesamthypothek belasteter Sachen zusammen belangt und verurteilt werden, vorausgesetzt, daß das Pfand für die Accessionen und speziell für die Prozeßkosten verhaftet ist. Keineswegs aber ergiebt sich aus dem materiellen Rechte, daß jegliche Gesamtschuld (Solidar-, Korrealschuld) die Verpflichtung zur solidarischen Haftung für Prozeßkosten nach sich zieht. Das Gegenteil ist zwar nicht für alle Gesamtschulden, wohl aber speziell für die wechselrechtliche Solidarhaftung behauptet worden; gegen die letztere Behauptung vgl. jedoch ROHG. 23. Sept. 1878 Entsch. XXIV S. 88, wo auch Litteraturangaben. Da eine solidarische Haftbarkeit der Gesamtschuldner für die Prozeßkosten sich aus dem materiellen Rechte nicht ergiebt, so kann es sich nur mehr fragen, ob der Abs. 4 des § 95 eine prozeßrechtliche Solidarhaftung der Streitgenossen für die Prozeßkosten für alle Fälle anordnet, in denen ein Gesamtschuldverhältnis unter den verurteilten Streitgenossen besteht. Der Gesetzestext spricht dagegen. Der Abs. 4 lautet gleich dem hann. Entw. § 68 Abs. 3 und dem nordd. Entw. § 157 Abs. 4, nur daß in diesen Entwürfen vor „begründeten" das Wort „etwa" steht. Aus dem hann. Prot. IV S. 868 und XII S. 4918 ergiebt sich mit Sicherheit, daß

Digitized by Google

die hann. Kommission keineswegs durch Einfügung jenes Satzes die prozeßrechtliche Solidarhaftung für alle Fälle der Solidarität der Streitgenossen schaffen wollte. Aber die Motive des deutschen Entw. II S. 145 f. und des Entw. III S. 117 scheinen anzunehmen, daß durch Abs. 4 die solidarische Kostenpflicht der Streitgenossen für alle Fälle der Gesamtschuldverhältnisse ausgesprochen werde. Sie *scheinen* dies anzunehmen, weil sie als Beispiel für die Anwendbarkeit des Abs. 4 den Fall des preuß. ALR. I 5 § 426 (was übrigens § 424 heißen soll) nennen. Nun sind die betreffenden Sätze ganz offenbar nach Muster der Mot. des preuß. Entw. S. 325 f. geschrieben, eines Entw., der bezüglich der Kostenpflicht der Streitgenossen von einem den Entw. II und III sowie dem Gesetze ganz entgegengesetzten Grundsatze, nämlich von der solidarischen Haftung der Streitgenossen für die Kosten, ausgeht. Umsoweniger dürfen jene Sätze irre machen an dem aus dem Gesetze selbst gewonnenen Resultate. In der sog. Vorkommission wurde zwar nach dem Berichte v. Wilmowskis (Komm. N. 4 zu § 95) der Abs. 4 des § 95 gleichfalls dahin verstanden, daß sich daraus die solidarische Haftung der Streitgenossen für die Kosten ergeben solle, wenn sie in der Hauptsache dem Gegner solidarisch haftbar sind. Aber auch diese, vermutlich auf den Verf. jener Motivenstelle zurückzuführende Auffassung ist für die Auslegung des Gesetzes nicht in dem Maße bedeutsam, daß sie die dem Gesetzestexte allein entsprechende und durch ältere Vorarbeiten unterstützte Auslegung überwände. Was in der JK. d. RT. zu § 95 Abs. 4 gesprochen wurde (KPr. S. 519 f.), ist hierher belanglos. [Vgl. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXVII S. 440 ff., Hellmann Lehrb. S. 280 und Gaupp I S. 227 f. Dagegen vertreten Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Petersen (2) S. 187, A. Förster N. 1, RG. 1. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 102 S. 381, 24. Okt. 1892 XXX Nr. 99 S. 341, OLG. Hamburg SA. XL Nr. 312 und XLVII Nr. 229, OLG. Stuttgart eod. XLI Nr. 146 die Ansicht, daß durch Abs. 4 die solidarische Haftung für die Prozeßkosten in allen Fällen angeordnet sei, in denen die Streitgenossen für Erfüllung der Hauptverpflichtung nach dem materiellen Rechte solidarisch haften. Wieder anders und zwar ganz unrichtig G. Pfizer Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 278.]

§ 96.

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 maßgebend.

Mot. S. 117, 118. KPr. S. 34, 520.

1. Wegen der Kosten des Zwischenstreits über die Zulassung der Nebenintervention vgl. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 68.

2. Über die durch die zugelassene Nebenintervention verursachten Kosten ist ebenso wie über die anderen Kosten des Rechtsstreits im Endurteile (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87) zu entscheiden. Ist darüber nicht entschieden, so ist das Urteil auf Antrag zu ergänzen (§ 292). Das Urteil, worin der Kläger oder der Beklagte in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt wird, kann der Nebenintervenient als Titel zur Beitreibung seiner Kosten von der Gegenpartei nur benützen, wenn daraus ersichtlich ist, daß die Verurteilung sich auch auf die dem Intervenienten erwachsenen Kosten bezieht [vgl. RG. 21. April 1886 Entsch. XV Nr. 117 S. 418, 20. Febr. 1889 SA. XLV Nr. 131, OLG. Cassel SA. XLIX Nr. 201]; ebenso der Gegner zur Beitreibung seiner Kosten von dem Intervenienten.

3. Zu Abs. 1: a) Siegt die von dem Nebenintervenienten unterstützte Hauptpartei so hat die unterliegende Gegenpartei vorbehaltlich der aus den §§ 88—93 sich ergebenden Modifikationen auch die dem Nebenintervenienten erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit

Digitized by Google

sie im Sinne des § 87 notwendig waren. Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts des Intervenienten sind gemäß § 87 Abs. 2 als notwendige Kosten zu betrachten und zwar regelmäßig auch, wenn der Nebenintervenient sich einen eigenen Rechtsanwalt genommen hat, es wäre denn, daß die Bestellung eines eigenen Anwalts nach den Umständen des konkreten Falls ganz überflüssig war [vgl. RG. 8. Juni 1885 Entsch. XIII Nr. 121 S. 433; andererseits OLG. Hamburg SA. XL Nr. 244]. Als notwendige Kosten sind die durch Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten erwachsenen Kosten jedenfalls zu erachten, soweit dadurch Prozeßkosten der obsiegenden Hauptpartei, deren Ersatz diese beanspruchen könnte, erspart worden sind (KPr. S. 34); aber auch andere zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung vom Intervenienten aufgewendete Kosten können nach § 87 zur Erstattung kommen. [Vgl. Gaupp I S. 228 bei N. 4. Die abweichende Äußerung eines Regierungskommissars, KPr. S. 34, ist mit § 87 unvereinbar.] b) Unterliegt die von dem Intervenienten unterstützte Partei, so hat der Intervenient der obsiegenden Hauptpartei die durch die Intervention erwachsenen Kosten zu ersetzen, vorbehaltlich der aus den §§ 88—93 sich ergebenden Modifikationen.

Die unterstützte und unterliegende Hauptpartei ist prozeßrechtlich nicht verpflichtet, der obsiegenden Partei die ihr durch die Intervention entstandenen Kosten zu erstatten [vgl. a. Wetzell Syst. § 7 S. 52, Renaud Lehrb. S. 742], es wäre denn, daß sich aus Abs. 2 verbunden mit § 95 Abs. 4 solidarische Haftung für die Kosten ergäbe. Ebensowenig haftet nach Prozeßrecht der Unterstützte dem Intervenienten oder dieser jenem für die Kosten. Inwieweit derartige Ansprüche aus dem materiellen Rechte entspringen, ist eine Frage für sich; in dem Prozesse, in dem interveniert wurde, können sie nicht geltend gemacht werden [vgl. RG. 30. Nov. 1889 SA. XLV Nr. 217].

4. Zu Abs. 2: Auf den Nebenintervenienten in der Ausnahmestellung des § 66 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 66) und folglich auch auf die unterstützte Hauptpartei sind die Regeln über Kostenerstattungspflicht der Streitgenossen anzuwenden. Also regelmäßig Kopfteilung, § 95 Abs. 1, eventuell modifiziert gemäß § 95 Abs. 2 oder 3; ausnahmsweise Solidarhaftung, soweit § 95 Abs. 4 eingreift.

5. Die Kosten der Streitverkündung sind der Partei, die den Streit verkündete, zu ersetzen, wenn sie notwendige Kosten im Sinne des § 87 sind. Das Gleiche gilt von den Kosten der Benennung des Besitzers (§ 73).

§ 97.

Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte, sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurteilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Beteiligte zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

KPr. S. 34, 35, 520, 661—663.

1. § 97 ist in der Nk. d. RT. eingefügt. Er hat Vorbilder im Code de proc. civ. art. 132, in der hann. PrO. § 47, württ. PrO. Art. 146, bay. PrO. Art. 110. Auf Richter ist der § 97 nicht anwendbar. — Nur zur Tragung von Prozeßkosten im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 87 (dazu gehört auch die nach GKG. § 48 erhobene Gebühr), nicht zum Ersatz sonstigen Schadens, kann im Verfahren nach § 97 verurteilt werden. Weitergehende Ansprüche sind in einem besonderen Prozesse geltend zu machen; ebenso etwaige An-

Digitized by Google

sprüche auf Ersatz von Kosten und sonstigem Schaden gegen die in § 97 bezeichneten Personen wegen leichteren als groben Verschuldens. Auch der Anspruch auf Ersatz solcher Kosten, zu deren Tragung die § 97 bezeichneten Personen wegen groben Verschuldens innerhalb des anhängigen Prozesses hätten verurteilt werden können, aber nicht verurteilt sind, kann in einem besonderen Prozesse verfolgt werden.

2. § 97 ist in allen Instanzen anwendbar; jedes Instanzgericht kann nur den bei dem Verfahren in der Instanz beteiligten Gerichtsschreiber, Rechtsanwalt ꝛc. zur Tragung von Kosten verurteilen, die in der Instanz erwuchsen. Daher kann z. B. das Berufungsgericht den Rechtsanwalt der ersten Instanz, der den Auftrag zur Einlegung einer unstatthaften Berufung gab, nicht in die Kosten des Berufungsverfahrens verurteilen [RG. 27. April 1881 Entsch. IV Nr. 125 S. 429, OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 217]; ebensowenig kann ein Rechtsanwalt, der eine unrechtmäßige Zwangsvollstreckung veranlaßte, in dem Widerspruchsprozesse zur Tragung der Kosten dieser Vollstreckung verurteilt werden [OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 217]. Im Zwangsvollstreckungsverfahren findet § 97 entsprechende Anwendung. An Stelle des Prozeßgerichts tritt das Vollstreckungsgericht.

3. Der Begriff des groben Verschuldens ist aus dem Civilrechte zu entnehmen. Für das gem. Recht vgl. Windscheid I § 101 bei N. 10; für das preuß. Recht: ALR. I 3 § 18, Dernburg pr. PrR. I § 120, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 27. Der Begriff läßt dem Ermessen des Richters Spielraum. Die Dienstesvorschriften kommen dabei in Betracht; aber nicht jeder Verstoß gegen die Dienstesvorschriften ist grobes Verschulden. Ob disziplinäres Einschreiten erfolgt oder nicht, ist für die Frage des Verschuldens nicht schlechthin entscheidend. [Nach RG. 7. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 250 liegt grobes Verschulden darin, daß ein Anwalt gegen eine für unanfechtbar erklärte Entscheidung Beschwerde eingelegt hat.] Ein Rechtsanwalt kann wegen Verschuldens eines nach RAO. § 25 bestellten Vertreters in die Kosten verurteilt werden [RG. 13. Okt. 1894 Sächs. Arch. IV S. 719].

4. Die Verurteilung erfolgt von Amtswegen, ist also nicht von einem Antrage abhängig. Zuvor ist der beteiligte Gerichtsschreiber, Vertreter, Rechtsanwalt, Bevollmächtigte, Gerichtsvollzieher zu hören. Dies kann dadurch geschehen, daß dem in der Verhandlung anwesenden das Wort zur Verteidigung gegeben oder dadurch, daß er unter entsprechender Mitteilung zur schriftlichen Erklärung aufgefordert oder in einen Termin zur Verhandlung geladen wird. Das Verfahren richtet sich nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist Beschluß, nicht Urteil, weil mündliche Verhandlung nicht notwendig ist. Sie ist, wenn sie nicht verkündet ward, den Beteiligten von Amtswegen zuzustellen. Gegen die Entscheidung steht dem verurteilten Dritten, nicht den Parteien, sofortige Beschwerde (§ 540) zu. Der Beschluß ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 3) für beide Parteien, nach Umständen für eine Partei. Auf Grund dieses Titels kann die Festsetzung des zu erstattenden Betrags (§§ 89 ff.) nachgesucht werden. Die Erstattungspflicht des unterliegenden Teils gegenüber der obsiegenden Partei (§ 87) wird durch die Verurteilung des Dritten zur Tragung gewisser Kosten nicht berührt. Hat der Dritte gezahlt, so scheiden natürlich die betreffenden Kosten von denen aus, die eine Partei der anderen zu erstatten hat.

5. Das Verfahren ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 5). Vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 98.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem

Digitized by Google

Gerichte erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mitteilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

Mot. S. 118, 119. KPr. S. 35, 520.

1. Litteratur: H. Meyer Wie liquidiert man Prozeßkosten? (Berlin 1881), Willenbücher Kostenfestsetzungsverfahren (3. Aufl., Berlin 1891), v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. II S. 418 ff., Franck eod. III S. 434 ff., Schmidt eod. VI S. 47 ff., Francke eod. S. 83 ff., Struckm. eod. S. 408 ff., Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 283 ff., Bl. f. RA. XLV S. 1 ff., Württ. GBl. XXI S. 237, Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 588 ff., Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 110 ff.

2. Wegen der Entscheidung über die Kostenpflicht vgl. Bem. Nr. 4 zu § 87. Die Entscheidung, die die Verpflichtung zur Tragung von Prozeßkosten ausspricht, bedarf noch der Ergänzung durch Einsetzung des Betrags. Diese Ergänzung herbeizuführen ist der Zweck des Kostenfestsetzungsverfahrens. Die Entscheidung über die Kostenpflicht verhält sich zu der Entscheidung über den Betrag, wie die Entscheidung über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs zu der Entscheidung über den Betrag. Das Festsetzungsverfahren ist in den §§ 98—100 geregelt. Nachdem eine Kostenfestsetzung stattfand, sind immer noch Nachliquidationen zulässig [RG. verein. CS. 9. Febr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 105 S. 402 gegen Entsch. XXV Nr. 96 S. 408; vgl. a. OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 798]; aber der Liquidant muß die besonderen Kosten tragen, die durch die Nachliquidation entstehen. Die Festsetzung kann nicht durch Klage herbeigeführt werden.

3. Voraussetzung für das Kostenfestsetzungsverfahren ist das Vorhandensein eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels. Solche Titel sind rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile, ferner die in § 702 aufgeführten Titel. Mit dem Gesuch ist der Titel vorzulegen. Ist das Urteil nicht vorläufig vollstreckbar, so ist die Rechtskraft im Sinne des § 645 nachzuweisen; dazu vgl. § 646. Die Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung (§§ 662, 663) ist nicht erforderlich [vgl. Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2a, Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 83]; denn das Festsetzungsverfahren ist noch keine Zwangsvollstreckung. Aus dem gleichen Grunde bedarf es nicht des Nachweises der vorherigen Zustellung des Vollstreckungstitels. Ein Urteil, dessen vorläufige Vollstreckbarkeit von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit abhängig ist (§ 652), genügt als Unterlage für die Kostenfestsetzung [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 96, OLG. Jena SA. XL Nr. 245]. In dem Beschlusse oder in der Vollstreckungsklausel ist die Abhängigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit von der Sicherheitsleistung zu erwähnen. Die Vollstreckung des Beschlusses ist erst zulässig, wenn die in dem Urteile verlangte Sicherheit geleistet ist, und zwar muß die ganze Sicherheit geleistet sein, wenn nicht für die Vollstreckung der Entscheidung im Kostenpunkte eine besondere Sicherheit festgesetzt ist. Im Festsetzungsverfahren kann eine besondere Sicherheit für die Vollstreckung der Entscheidung im Kostenpunkte nicht bestimmt werden, weil die vorläufige Vollstreckbarkeit dieser Entscheidung bloß aus der vorl. Vollstreckbarkeit der Entscheidung zur Hauptsache folgt (s. Bem. Nr. 3 zu § 648). [AM. OLG. Naumburg Ztschr. f. d. CPr. XV S. 401. Dagegen v. Bruchhausen eod. S. 402.] Ist dem Schuldner die Hinterlegung nachgelassen (§ 652 Abs. 2), so gilt dies auch für die Kosten. — Wird dem Gerichte das Vorhandensein eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels nicht dargethan, so ist das Festsetzungsgesuch zurückzuweisen. [Vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 481. Unrichtig Francke a. a. O. S. 436.]

Ist vor der Kostenfestsetzung das Verfahren unterbrochen, so muß das Verfahren

Digitized by Google

aufgenommen werden, ehe die Kostenfestsetzung erfolgen kann [Ztschr. f. d. CPr. VII S. 559].

4. Die Kostenfestsetzung gehört auch bezüglich der in höherer Instanz erwachsenen Kosten zur Zuständigkeit des erstinstanziellen Gerichts (eventuell der Kammer für HS.). Diese Zuständigkeitsregel ist von Amtswegen zu beachten; die Parteien können keine andere Zuständigkeit vereinbaren. Das Gesuch ist entweder schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. Es unterliegt nicht dem Anwaltszwange (arg. § 74 Abs. 2); auch für das weitere Verfahren (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 99) besteht kein Anwaltszwang, wenn auch das zuständige Gericht ein Landgericht ist; denn was für das Gesuch gilt, muß für das weitere Verfahren in der Instanz gelten (vgl. Bem. Nr. 6 vor § 119). [Vgl. Planck I § 69 N. 89. AM. Gaupp I S. 232 bei N. 13, RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 391.] — Dem Gesuche sind die Kostenspezifikation nebst Abschrift und die Belege beizufügen. Abschrift der Belege ist nicht nötig.

5. Die Kostenfestsetzung nach §§ 98, 99 kann nur zu dem Zwecke, um vom Gegner die Erstattung zu erlangen, nicht um die Kostenrechnung des eigenen Prozeßbevollmächtigten richtig zu stellen, verlangt werden. Wegen der Kostenfestsetzung im Mahnverfahren s. §§ 632, 639. Wegen der Kosten der Zwangsvollstreckung s. § 697.

6. Nach Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 60 Abs. 2 findet § 98 Abs. 2 der CPrO. auf die Festsetzung der Auslagen und Vergütung Anwendung, welche dem vom Gerichte bestellten Revisor zu zahlen sind. — Nach dem RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 59 ist das Gesuch um Festsetzung der Kosten der zweiten Instanz bei dem Landgerichte anzubringen, also auch von diesem darüber zu entscheiden.

§ 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist.

Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 118, 119. KPr. 35, 520.

1. Im Festsetzungsverfahren wird nicht mehr die Kostenpflicht untersucht, sondern nur, ob die angesetzten Kosten wirklich erwachsen und ob sie notwendige Kosten im Sinne des § 87 sind. Daher können Einwendungen gegen die Kostenpflicht — insbesondere die Einwendung der Zahlung, des Erlasses, der Aufrechnung ꝛc. — in diesem Verfahren überhaupt nicht berücksichtigt werden; sie sind vielmehr durch Widerspruchsklage nach § 686 zu verfolgen. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 234, Petersen (2) S. 193, A. Förster N. 3 zu § 98, RG. 24. April 1885 Entsch. XIII Nr. 93 S. 360, 9. Dez. 1891 SA. XLVII Nr. 200, OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 252. AM. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. VI S. 47, Francke eod. S. 84 f. Dagegen Struckmann eod. S. 408 ff. und Kulemann Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 427 ff. Hiergegen wieder Völkers Ztschr. f. d. CPr. XI S. 169 ff. mit unstichhaltiger Begründung. Inkonsequenter Weise hat das RG. 16. Sept. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 708 eine Zahlung von Prozeßkosten berücksichtigt.] Auch Ansprüche auf Rückerstattung gezahlter Kosten (§§ 503 Abs. 2, 563 Abs. 2, 655 Abs. 2) können nicht im Festsetzungsverfahren geltend gemacht werden [vgl. RG. 16. Jan. 1892 SA. LXVII Nr. 247, OLG. Cassel eod. Nr. 301].

2. Das Kostenfestsetzungsverfahren ist Verfahren mit fakultativ mündlicher Verhandlung. Über dieses Verfahren vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119; die dort entwickelten Sätze finden

Digitized by Google

auf das Kostenfestsetzungsverfahren Anwendung. Wird keine mündliche Verhandlung angeordnet, so kann das Gericht den Gegner unter Mitteilung der Abschrift der Kostenberechnung zur schriftlichen Erklärung, die durch Schriftsatz oder zu Protokoll geschehen kann, auffordern; das Gericht kann aber auch ohne Gehör des Gegners entscheiden. Der Kostenfestsetzungsbeschluß ist beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3) [so auch v. Kräwel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 256. Unrichtig eod. II S. 418]; dagegen ist der das Gesuch (z. B. wegen Nichtvorlage des Vollstreckungstitels) zurückweisende Beschluß nur dem Gesuchsteller zuzustellen. — Die Zustellung muß nach § 162 an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz [so auch RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 392, 24. März 1891 SA. XLVII Nr. 64; vgl. a. RG. 4. März 1883 Entsch. IX Nr. 95 S. 329] und wenn ein solcher nicht vorhanden ist, an die Partei, nicht an den Bevollmächtigten der zweiten Instanz, erfolgen. Wird mündliche Verhandlung angeordnet, was nicht üblich ist, so wird der Beschluß verkündet, aber nicht von Amtswegen zugestellt (§ 294).

3. Im Kostenfestsetzungsbeschlusse ist auch über die liquidierten Kosten des Festsetzungsverfahrens nach den Grundsätzen der §§ 87 ff. zu entscheiden. Wird das Gesuch zurückgewiesen, so fallen diese Kosten dem Gesuchsteller zur Last; werden die Kosten festgesetzt, so sind die Kosten des Festsetzungsverfahrens unter die vom Gegner des Gesuchstellers zu ersetzenden Kosten aufzunehmen, soweit nicht die entsprechende Anwendung der §§ 88—92 ein anderes ergiebt. [Vgl. Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 598 ff., Schneider Mag. f. DR. VII S. 218 ff., Blankmeister eod. VIII S. 312, Roedenbeck Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 389 ff., Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 117 ff. RG. 11. April 1883 Entsch. XIV Nr. 37 S. 320, OLG. Kiel SA. XLI Nr. 227.] Aus der Anwendung des § 88 folgt, daß bei erheblichen Abstrichen die Kosten des Feststellungsverfahrens aufgehoben oder verteilt werden. Die entsprechende Anwendung des § 89 ergiebt, daß diese Kosten dem Antragsteller zur Last fallen, wenn sich der Gegner erboten hatte, die Kosten ohne gerichtliche Festsetzung zu zahlen. Aber der Antragsteller hat die Kosten nicht schon dann zu tragen, wenn er den Gegner nicht vorher unter Übersendung der Kostenrechnung zur Zahlung aufforderte; wer zum Ersatze von Prozeßkosten verurteilt wurde, kann sich nach dem Betrage erkundigen. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38 Nr. 1, 39 i. d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Nr. 3.

4. Gegen den Beschluß, der das Gesuch um Kostenfestsetzung zurückweist, steht dem Antragsteller einfache Beschwerde zu [RG. 15. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 121 S. 390, 2. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1030, OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 148]. Gegen den Festsetzungsbeschluß steht beiden Parteien sofortige Beschwerde (§ 540) zu. Die sofortige Beschwerde ist auch nötig, um die Entscheidung wegen übersehenen Posten herbeizuführen; § 292 ist nicht anwendbar [RG. 17. Okt. 1884 SA. XLII Nr. 75]; ebenso, wenn eine Partei sich dadurch beschwert glaubt, daß der Wert des Streitgegenstandes zu hoch oder zu niedrig festgesetzt sei. Ist die Frist abgelaufen, so kann der Beschluß selbst dann nicht mehr angefochten werden, wenn der Wert des Streitgegenstandes gelegentlich eines anderen Kostenfestsetzungsbeschlusses anders festgesetzt wird [RG. 3. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 95 S. 408]. Auch die Entscheidung über die Kosten des Festsetzungsverfahrens ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar und zwar kann sie wegen dieser Kosten allein erhoben werden; § 94 steht nicht im Wege, weil es keine gesonderte Entscheidung über die Kosten im Verhältnisse zu einer Hauptsache ist [OLG. Cassel SA. XLVII Nr. 67 unter Berufung auf e. Entsch. d. RG. v. 14. Okt. 1884]. Gemäß § 540 Abs. 3 kann das Gericht, gegen dessen Beschluß Beschwerde eingelegt ist, nicht durch nachträgliche Änderung oder Ergänzung des Beschlusses der Beschwerde abhelfen [OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XV S. 87]. Das

Digitized by Google

Beschwerdeverfahren unterliegt dem Anwaltszwange, wenn der Prozeß, um dessen Kosten es sich handelt, in erster Instanz vor dem Landgerichte anhängig war; s. Bem. Nr. 2 zu § 532. [Vgl. RG. 5. Nov. 1881 SA. XXXVII Nr. 253 und 16. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 122 S. 403.] Die Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen bei erfolgloser Beschwerde dem Beschwerdeführer zur Last (§ 92 Abs. 1). Bei erfolgreicher Beschwerde sind sie nach den Regeln über Rechtsmittelkosten (s. Bem. Nr. 1 zu § 92) zu behandeln; also sind die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde vom Gegner zu ersetzen. [Vgl. RG. 20. März 1883 SA. XXXIX Nr. 53 und Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.]

5. Der Kostenfestsetzungsbeschluß bedarf zur Zwangsvollstreckung der Vollstreckungsklausel (§§ 662, 663). Diese Klausel kann vor Ablauf der Beschwerdefrist erteilt werden, da die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat.

6. Nach Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 60 Abs. 2 findet der § 99 der CPrO. auf die Festsetzung der in Bem. Nr. 6 zu § 98 des Genoss.Ges. bezeichneten Auslagen und Gebühren Anwendung.

§ 100.

Sind die Prozeßkosten ganz oder teilweise nach Quoten verteilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgesuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

Mot. S. 119, 120. KPr. S. 35, 520.

1. Über quotenmäßige Kostenverteilung s. Bem. Nr. 1 zu § 88. Nur bei dieser Art von Verteilung, nicht bei Verteilung nach Prozeßstadien, ist § 100 anwendbar [RG. 27. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 88 S. 431].

2. Die Partei hat den Gegner durch Zustellung eines Schriftsatzes aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten bei dem Gerichte einzureichen. Das Gericht hat nicht dabei mitzuwirken. Anwaltszwang besteht nicht. Im Amtsgerichtsprozesse ist § 463 anwendbar. Die Frist beginnt für beide Teile mit der Zustellung (§ 198 Abs. 2). Sie kann durch Vereinbarung (§ 202 Abs. 1), aber nicht vom Gerichte (§ 202 Abs. 2) abgekürzt und verlängert werden. Reicht der Gegner die Berechnung seiner Kosten innerhalb der Frist oder nach Ablauf der Frist, aber vor der Festsetzung ein, so werden die beiderseitigen Kosten festgesetzt. Ist die Frist abgelaufen, was der Gesuchsteller darzutun hat [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 482], so werden die Kosten des Gesuchstellers ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners festgesetzt. Im übrigen steht auch dieses Festsetzungsverfahren unter den zu §§ 98, 99 entwickelten Regeln.

3. Der Gegner kann nachträglich die Festsetzung seiner Kosten gemäß §§ 98, 99 beantragen. Dadurch hört die Vollstreckbarkeit des ersten Beschlusses nicht auf. Auf Grund des zweiten Beschlusses kann eine Zurückzahlung der auf Grund des ersten Beschlusses gezahlten Kosten gefordert werden. Z. B. es ist erkannt: Kläger hat $^2/_3$, Beklagter $^1/_3$ aller Kosten zu tragen. Kläger liquidiert seine Kosten; sie werden auf 150 ℳ festgesetzt; auf Grund dieses Beschlusses fordert und erhält er vom Beklagten 50 ℳ. Darauf liquidiert der Beklagte seine Kosten; diese werden auf 180 ℳ festgesetzt, so daß die Gesamtsumme

Digitized by Google

der Kosten 330 ℳ beträgt, wovon den Kläger 220 ℳ, den Beklagten 110 ℳ treffen. Dann kann der Beklagte vom Kläger die gezahlten 50 ℳ zurück und noch 70 ℳ dazu fordern. Bei der Festsetzung ist die Zahlung nicht zu berücksichtigen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 99.

Sechster Titel.
Sicherheitsleistung.

Der sechste Titel handelt von der prozessualischen Sicherheitsleistung im allgemeinen (§ 101) und von der Sicherheitsleistung der Ausländer für die Prozeßkosten im besonderen (§§ 102—105).

§ 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in barem Gelde oder in solchen Wertpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

Mot. S. 121, 122. KPr. S. 37, 38, 520.

1. Prozessualische Sicherheiten kommen vor in § 85 (Sicherheit des unbeauftragten Geschäftsführers und des ohne Beibringung einer Vollmacht zugelassenen Bevollmächtigten); §§ 102—105 (Prozeßkostenkaution des Ausländers); §§ 647, 650, 652, 657, 668, 688, 690, 716, 775 (bei der Zwangsvollstreckung); §§ 801, 803, 805, 807, 815, 818 (bei Arrest und einstweiligen Verfügungen) und in HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2. In den Fällen der § 801, 805, 807, 818 und des HGB. Art. 190a, 222, 223 ist eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zugelassen. Auf diese Fälle findet daher § 101 keine Anwendung.

2. Über den Begriff „bares Geld" vgl. Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 366 ff. Über den Begriff Wertpapiere vgl. Goldschmidt HR. I § 47 2. Aufl. S. 550 ff., Anschütz u. Völderndorff Komment. zum HGB. III S. 12, v. Hahn Komment. zum HGB. bei Art. 271 Nr. 1 § 5, Thöl HR. §§ 51 ff., Endemann HR. § 82 (3. Aufl. S. 384—389), Beseler d. PrR. § 87, Gareis Busch Arch. f. HR. XXXIV S. 97 ff., Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 363 ff., Brunner in Endemanns Hdb. II S. 140 ff., RG. 12. Jan. 1882 Entsch. VIII Nr. 111 S. 375. Papiergeld und Banknoten sind an sich nicht bares Geld; werden sie aber von der Hinterlegungsstelle statt dessen angenommen, so ist bares Geld hinterlegt. Unter Wertpapieren sind nicht Schuld- und Legitimationspapiere, sondern solche Urkunden zu verstehen, die Träger der Forderung sind und als solche einen Wert haben. Auf den Namen eingeschriebene Wertpapiere sind nicht ausgeschlossen. Für die Kautionsfähigkeit eines Wertpapieres ist es nicht entscheidend, ob es einen Markt- oder Börsenpreis im Sinne des HGB. Art. 357, 376 hat.

3. Bei welcher Behörde die Hinterlegung zu geschehen hat, bemißt sich nach den Landesgesetzen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß andere Behörden als die Gerichte zur Entgegennahme und Verwahrung der Depositen bestellt werden. — Auch das bei der Hinterlegung einzuhaltende Verfahren, die Behandlung der Depositen, sowie das nicht zum CPr. gehörige Verfahren, um die Auslieferung oder Rückgabe der Kaution von der Depositalbehörde zu erlangen, bemißt sich nach den Landesgesetzen. Für Preußen: Ges. v. 19. Juli 1875 (GS. S. 531), Hinterlegungsges. v. 14. März 1879 (GS. S. 249), Min.Verf. v. 8., 9., 31. Juli 1879 (JMBl. S. 156 ff., 173 ff., 216 ff.). Vgl. a. SA. XXXVIII Nr. 264, 292.

4. Die materiellrechtliche Wirkung der Sicherheitsleistung ist nach dem bürgerlichen

Digitized by Google

Rechte zu beurteilen. Nach dem gemeinen Rechte, wie nach dem preuß. ALR. I 20 § 94, dem bay. LR. [Roth II S. 490] und dem sächs. BGB. § 466 erwirbt derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheit bestellt ist, an dem hinterlegten Gelde oder den Wertpapieren ein Faustpfandrecht. Die Depositalbehörde erlangt für ihn den Gewahrsam an den Sachen für die Dauer der Hinterlegung. Nach C. c. art. 2074 ist, wenn der Wert des Pfandobjekts oder der versicherten Forderung 150 fr. übersteigt, eine öffentliche oder registrierte Urkunde, nach württemb. Pfandges. Art. 246 ist zur Bestellung jedes Faustpfandrechts eine schriftliche Urkunde nötig. Wird bei der Hinterlegung, wie dies doch kaum anders denkbar ist, eine Urkunde errichtet, so ist jedenfalls auch nach diesen Gesetzen ein Faustpfandrecht begründet. Welche Befugnisse dieses Faustpfandrecht gewährt, bemißt sich wieder nach dem materiellen Rechte. Im Konkurse kann der Gläubiger aus den hinterlegten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen der Forderung, zu deren Sicherung die Hinterlegung stattfand, verlangen zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals (KO. § 40, EG. zur KO. § 14). Wegen der Rechtsverhältnisse an der in dem Zwangsvollstreckungsverfahren bestellten Sicherheit vgl. Bem. Nr. 4 zu § 709.

§ 102.

Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

1) **wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;**
2) **im Urkunden- oder Wechselprozesse;**
3) **bei Widerklagen;**
4) **bei Klagen, welche infolge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;**
5) **bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.**

Mot. S. 121, 122. KPr. S. 38, 520.

Litteratur: Leske u. Löwenfeld Rechtsverf. i. int. Verkehr I S. 752 ff.

1. Kautionspflichtig ist der Ausländer. d. i. wer nicht Angehöriger des D. Reichs ist. Der Wohnort ist gleichgültig. Wer Angehöriger des D. Reichs ist, ergiebt die RVerf. Art. 3 Abs. 1 und das Bundes-(Reichs-)Ges. über Erw. und Verl. der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870 § 1—12. Wohnsitz oder Grundbesitz im Inlande befreit den Ausländer nicht von der Kautionspflicht.

2. Kautionspflichtig sind Ausländer, die als Kläger auftreten. Der Hauptintervenient (auch im Falle des § 72) ist kautionspflichtig beiden Beklagten gegenüber, der Nebenintervenient des Klägers dem Beklagten gegenüber. Die Kautionspflicht ist nicht auf den Intervenienten in der Ausnahmestellung des § 66 beschränkt, da auch der Intervenient in der Normalstellung des § 64 nach § 96 kostenpflichtig werden kann [vgl. OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 246]. Der Restitutions- und Nichtigkeitskläger (§§ 541 ff.) ist ebenfalls kautionspflichtig. Nicht kautionspflichtig, weil nicht Kläger, ist der Antragsteller im Verfahren zur Sicherung des Beweises und im Entmündigungsverfahren, der Extrahent eines Zahlungsbefehls [vgl. Ztschr. f. d. CPr. I S. 465], eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, solange es nicht zur Klage kommt. — In den Rechtsmittelinstanzen kann die Kaution wegen der nach § 247 eintretenden Präklusion vorbehaltlich des Abs. 3 des § 247 nur in den Fällen der §§ 103 oder 104 Abs. 3 gefordert werden. Kautionspflichtig ist in den Rechtsmittelinstanzen immer nur der Kläger der ersten Instanz, auch wenn er Be-

Digitized by Google

rufungs- oder Revisionsbeklagter ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 239, Endemann I S. 415, A. Förster N. 1 b, Francke Ztschr. f. d. CPr. IV S. 524, OLG. Braunschweig SA. XLIV Nr. 52. AM. v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 257.]

3. Kautionsberechtigt ist der Beklagte, einerlei ob In- oder Ausländer. Der Nebenintervenient des Beklagten ist nicht berechtigt, für seine Kosten Kaution zu verlangen, weil er nicht vom Kläger zum Prozesse genötigt ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 239, Förster N. 1 c. AM. Wilm. Levy N. 2, die jeden Nebenintervenienten, Francke Nebenparteien S. 113, 117, der den Nebenint. i. d. St. d. § 66 für kautionsberechtigt hält.] Die Rüge der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten gehört zu den sog. prozeßhindernden Einreden (§ 247); zu deren Begründung gehört die vom Beklagten nachzuweisende Ausländereigenschaft des Klägers; die Befreiungsgründe sind von Amtswegen zu beachten. Die Einrede wird im Verfahren vor den Land- und höheren Gerichten schon durch Einlassung auf die Hauptsache ausgeschlossen; doch ist Abs. 3 des § 247 anwendbar. Im Verfahren vor den Amtsgerichten tritt die Präklusion erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein (§ 465).

4. Zu Nr. 1: [Vgl. Koppers, Zusammenstellung der in den einzelnen ausländ. Staaten geltenden Bestimmungen über die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheitsleistung, über Gewährung des Armenrechts an Ausländer und über die Vollstreckbarkeit ausländischer Civilurteile, Berlin 1831]. Diese Ausnahme entspricht dem Prinzip der internationalen Reciprocität. Gesetz bedeutet jede Rechtsnorm (vgl. EG. § 12), also auch die durch Vertrag gesetzte. Es kommt darauf an, ob ein Deutscher, der die gleiche Klage, wie sie der Ausländer im Inlande erhebt, im Auslande erhöbe, Kostenkaution zu bestellen hätte. Wäre dies der Fall, so ist der Ausländer in Deutschland von der Kautionspflicht nicht frei, selbst dann nicht, wenn die Kautionspflicht des Deutschen im Ausland nicht Folge seiner Eigenschaft als Fremder, sondern Folge eines auch dem eigenen Staatsangehörigen die Kaution abverlangenden Gesetzes ist. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 3, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 240, OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 218. AM. Fuld Ztschr. f. d. CPr. IX S. 257 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm eod. XI S. 285 ff.] Daß es nicht auf „formelle" sondern auf „materielle" Reciprocität ankommt, folgt schon daraus, daß im Gesetze die in dem preuß. Entw. § 134 Nr. 1 gebrauchte Wendung „wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist" durch die weniger allgemeine ersetzt ist. Einzelnes: a) Keine Kaution wird verlangt in Dänemark, Italien, Norwegen, Portugal, Ungarn, Kroatien, Slavonien, Bosnien und in der Herzegowina. [Nachweise s. Jur. WSchr. 1887 S. 184 ff. u. bei Koppers a. a. O. S. 7.] b) In Österreich kann die Bestellung einer Sicherheit für die Prozeßkosten von jedem Kläger verlangt werden. Ausgenommen ist, wer in der betr. Provinz hinreichendes Vermögen besitzt und wer das iuramentum paupertatis leistet. In Bagatellsachen (Streitgegenstand nicht über 50 fl.) entfällt die Kautionspflicht. Der Österreicher ist daher in Deutschland kautionspflichtig, wenn er nicht in dem betr. Bundesstaate (Analogie der Provinz) ausreichendes Vermögen besitzt, Streitsachen bis zu 50 fl. ausgenommen. Ein in Deutschland zum Armenrecht zugelassener Österreicher ist kautionsfrei (s. d. in Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Vertrag). [AM. Fuld und v. Schrutka a. a. O. auf Grund der abweichenden Auslegung des § 106 Nr. 1.] c) In Frankreich kann von jedem Kläger, der nicht Franzose ist, eine Kostenkaution verlangt werden. Bestritten, ob auch, wenn der Beklagte Ausländer ist [darüber Foelix-Demangeat droit international privé, ed. 4 I S. 294]. Ausnahmen gelten in Handelssachen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 287, sowie bei hinreichendem Immobiliarbesitze in Frankreich s. C. c. art. 16, c. de proc. art. 166, 423. Der Franzose ist daher in Deutschland kautionspflichtig, ausgenommen Handelssachen und

Digitized by Google

den Fall, daß er Grundbesitz in Deutschland hat. Ein in Deutschland zum Armenrechte zugelassener Franzose ist kautionsfrei (s. d. in Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Vertrag). d) In England ist (regelmäßig) kautionspflichtig, wer außerhalb der Jurisdiktion (jedoch nicht, wer in Schottland oder Irland) wohnt. [Näheres s. bei Schuster die bürgerl. Rechtspfl. in England, Berlin 1887, S. 135 ff.] Der Engländer ist daher in Deutschland (regelmäßig) kautionspflichtig, wenn er nicht in Deutschland wohnt. e) In Rußland ist der Ausländer im allgemeinen kautionspflichtig. Ausgenommen sind im Generalgouvernement Warschau alle Handelssachen und im Geltungsbereiche der Justizgesetze v. 20. Nov. 1884 die Handelssachen, die vor den Handelsgerichten geltend gemacht werden. Armenrecht ist kein Befreiungsgrund. [Vgl. preuß. JMBl. 1883 S. 86 ff., Wilm. Levy N. 5.] Entsprechend verhielt es sich bisher mit der Kautionspflicht eines Russen in Deutschland. Durch den unten sub litt. m. angeführten Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen dem deutschen Reiche und Rußland ist für die Dauer dieses Vertrags den Angehörigen der beiden Staaten wechselseitig die Befreiung von der Kautionspflicht gewährt. f) In den Niederlanden besteht Kautionspflicht. [Vgl. Jur. WSchr. 1884 S. 22]. g) In Belgien, Luxemburg, Kanton Genf, Rumänien, Griechenland sind Ausländer kautionspflichtig, wenn sie nicht hinreichenden Grundbesitz daselbst haben; in Griechenland sind Handelssachen ausgenommen. Die in Bem. Nr. 3 zu § 106 cit. Verträge mit Belgien und Luxemburg verbürgen die Kautionsfreiheit des zum Armenrecht Zugelassenen. h) In Schweden besteht Kautionspflicht auf Grund des Ges. v. 19. Nov. 1886. i) In der Schweiz besteht im allgemeinen Kautionspflicht, doch sind die Gesetze der einzelnen Kantone verschieden. [Nachweise s. Koppers S. 8]. k) In Nordamerika besteht Kautionspflicht. l) Ebenso in Brasilien. — m) Ferner ist durch eine Reihe von Handelsverträgen für deren Dauer die Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im Rechtsverkehr vereinbart, woraus sich die Befreiung von der Kautionspflicht ergiebt. S. die Verträge mit Salvador (RGBl. 1872 S. 377 u. 1889 S. 191) Art. IV, Mexiko (RGBl. 1883 S. 247) Art. 13, Serbien (RGBl. 1883 S. 41) Art. II Abs. 3, Spanien (RGBl. 1883 S. 307) Art. 3, Griechenland (RGBl. 1885) Art. III, der Dominikanischen Republik (RGBl. 1886 S. 3) Art. VI, der Südafrikanischen Republik (RGBl. 1886 S. 209) Art. 3 Abs. 2, Paraguay (RGBl. 1888 S. 178) Art. 2, [dazu Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 215 N. 8], Guatemala (RGBl. 1888 S. 238) Art. 5, Honduras (RGBl. 1888 S. 262) Art. 5, Italien (RGBl. 1892 S. 97) Art. 3 Abs. 2, Serbien (RGBl. 1893 S. 269) Art. II Abs. 2, 3, Rußland (RGBl. 1894 S. 153) Art. 2 Abs. 2, Columbien (RGBl. 1894 S. 471) Art. 4.

5. Zu Nr. 2: S. §§ 555 ff. Geht der Urkundenprozeß in das ordentliche Verfahren über (§ 559), so kann die Kaution verlangt werden; desgleichen im Nachprozesse (§ 563).

6. Zu Nr. 3: Vgl. §§ 33, 253. — Bei Trennung der Verhandlung (§§ 136 Abs. 2, 273) hört die Befreiung nicht auf.

7. Zu Nr. 4: Vgl. §§ 823 ff.

8. Zu Nr. 5: Gilt für dingliche und obligatorische Ansprüche (Mot. S. 122).

9. Nach Art. 56 Abs. 2 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr (RGBl. 1892 S. 793) kann bei Klagen, die auf Grund des internationalen Frachtvertrags erhoben werden, keine Sicherstellung für die Prozeßkosten gefordert werden.

§ 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert

Digitized by Google

oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Mot. S. 122. KPr. S. 38, 520.

1. Treten die Voraussetzungen der Kautionspflicht erst nach der Einlassung zur Hauptsache ein, so kann die Kaution noch nachher, selbst in der höheren Instanz, verlangt werden. Dies muß aber bei Meidung der Präklusion in der nächsten mündlichen Verhandlung geschehen, nachdem der Beklagte den Eintritt der Voraussetzungen erfahren hat. Ausnahme im Verfahren vor den Amtsgerichten s. § 465.

2. Wegen Verlustes der Eigenschaft eines Deutschen s. BG. über Erw. und Verl. der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870 §§ 13 ff. Tritt ein Ausländer an Stelle eines inländischen Klägers in den Prozeß ein, z. B. als Erbe, so ist er kautionspflichtig.

3. Von den in § 102 angeführten Befreiungsgründen können nur die unter Nr. 1 und 2 wegfallen. Die Befreiung des Deutschen nach den auswärtigen Gesetzen kann aufhören, der Urkunden- und Wechselprozeß kann in das ordentliche Verfahren übergehen (§§ 559, 563).

4. Unbestritten ist der Teil, bezüglich dessen Anerkenntnis (§ 278) vorliegt; nicht schon ein eingeräumter Posten, gegen den eine Gegenforderung vorgebracht ist.

5. Fallen im Laufe des Prozesses die Voraussetzungen zur Sicherheitsleistung weg, so ist die Kaution unbeschadet der erworbenen Rechte freizugeben. Besteht unter den Parteien Streit darüber, ob die Voraussetzungen weggefallen sind, so ist gerichtliche Entscheidung nötig. Die Entscheidung, daß die Sicherheit freizugeben sei, steht der Abweisung des Kautionsverlangens, die Entscheidung, daß der Antrag auf Freigabe abzulehnen sei, der Stattgebung des Kautionsverlangens gleich. Über diese Entscheidungen s. Bem. Nr. 1 zu 105.

§ 104.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

Mot. S. 122. KPr. S. 38, 520.

1. Es ist nicht nötig, daß der Beklagte die Höhe der zu leistenden Sicherheit angiebt. Einigen sich die Parteien über die Höhe, so ist darüber nicht zu entscheiden. Anderenfalls ist darüber Zwischenurteil zu erlassen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 105.

2. Bei Festsetzung der Höhe der Sicherheit können auch die Kosten höherer Instanz in Betracht gezogen werden; sonst kann Nachholung nach Abs. 3 nötig werden.

3. Unzureichend kann die Sicherheit werden bei zu niedriger Veranschlagung durch das Gericht, insbesondere bei Rechtsmitteleinlegung [vgl. RG. 11. Apr. 1885 SA. XLI

Digitized by Google

Nr. 97], oder durch das Sinken des Werts der geleisteten Sicherheit, z. B. Kursrückgang. Sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist (s. Bem. Nr. 4 zu § 103), kann der Beklagte weitere Sicherheit verlangen. Dieses Recht wird nach § 247 Abs. 3 präkludiert, wenn der Beklagte, ohne davon Gebrauch zu machen, sich auch auf weitere Verhandlung zur Hauptsache eingelassen hat. Die Entscheidung erfolgt wie im Falle der Bem. Nr. 1.

§ 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

Mot. S. 122, 123. KPr. S. 88, 139, 520, 521.

1. Besteht kein Streit über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung und über die Höhe der Sicherheit, so bedarf es keiner gerichtlichen Entscheidung darüber. Das Gericht setzt dann durch einen zu verkündenden Beschluß die Frist fest. Besteht Streit über die Verpflichtung oder über die Höhe oder über beides, so ist darüber gerichtliche Entscheidung nötig. Die Entscheidung, welche die Verpflichtung bejaht, oder die Höhe, die Sicherheit festsetzt, ist durch Zwischenurteil zu erlassen. Gegen dieses Zwischenurteil ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig, es kann erst mit dem Endurteile angefochten werden. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 223 und für den analogen Fall des HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223: OLG. Braunschweig SA. XXIV Nr. 58.] Hat das Gericht inkorrekter Weise über die Höhe der Sicherheit durch Beschluß entschieden, so kann auch dieser erst mit dem Endurteile, nicht durch Beschwerde, angefochten werden [RG. 26. Sept. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 118 S. 431 betr. die Sicherheit im Falle des HGB. 190a]. Die Entscheidung, die die Verpflichtung verneint, muß im Falle des § 248 Abs. 1 durch Zwischenurteil (über dessen Anfechtbarkeit und Rechtskraft s. Bem. Nr. 3 zu § 248); sie kann außer dem Falle des § 248 Abs. 1 durch Zwischenurteil oder im Endurteile getroffen werden.

2. Der Lauf der Frist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses oder des Zwischenurteils (§ 198). Wegen Verlängerung s. § 202. Auch wenn die Sicherheit nach Ablauf der Frist geleistet ist, kann dem Antrag, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder das Rechtsmittel zu verwerfen, nicht mehr stattgegeben werden. Die Sicherheit kann gemäß § 209 Abs. 2 auch noch nach Ablauf der Frist geleistet werden, solange nicht der Antrag die Klage für zurückgenommen zu erklären oder das Rechtsmittel zu verwerfen, gestellt und die mündliche Verhandlung darüber geschlossen ist [vgl. KPr. S. 520 f., RG. 6. Dez. 1889 Entsch. XXIV Nr. 97 S. 432].

3. Bei Nichtleistung der Sicherheit treten folgende Rechtsnachteile ein:

a) Absolutio ab instantia in der Gestalt der Erklärung, daß die Klage als zurückgenommen gelte. Es treten dieselben Wirkungen, wie bei der freiwilligen Zurücknahme ein (vgl. § 243), insbesondere auch Kostenpflicht des Klägers.

b) Verwerfung des von dem kautionspflichtigen Kläger eingelegten Rechtsmittels. Es treten die gleichen Wirkungen ein, wie bei Zurücknahme des Rechtsmittels (vgl. § 476 Abs. 3), insbesondere auch die Verpflichtung des Klägers zur Tragung der Kosten der Rechtsmittelinstanz. — Der Rechtsnachteil ad b tritt nur ein, wenn der kautionspflichtige Kläger das Rechtsmittel eingelegt hat. Hat der Beklagte das Rechtsmittel ergriffen und der Kläger eine in höherer Instanz angeordnete Kaution nicht geleistet, so ist die Klage als zurückge-

Digitized by Google

nommen zu erklären. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 243, A. Förster N. 26. Unrichtig v. Krätwel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 257 ff.] Haben beide Teile das Rechtsmittel eingelegt, so kann der Beklagte nur beantragen, daß die Klage für zurückgenommen erklärt werde, nicht daß das Rechtsmittel des Klägers verworfen und über das Rechtsmittel des Beklagten verhandelt werde. Dies folgt daraus, daß das Kautionsverlangen Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist. Der Beklagte kann nicht den Mangel geltend machen und doch auf der Verhandlung zur Sache bestehen. Will er über sein Rechtsmittel entschieden haben, so kann er den Mangel der Sicherheit für die Kosten nicht rügen; dann kommt aber auch das Rechtsmittel des Klägers zur Verhandlung. — Bei Anschließung an ein Rechtsmittel (abgesehen von §§ 483 und 518, wo die Anschließung als selbständiges Rechtsmittel zu behandeln und daher die Rechtslage mit der vorbesprochenen identisch ist) ist zu unterscheiden: hat der Beklagte sich dem Rechtsmittel des kautionspflichtigen Klägers angeschlossen, so wird auf Antrag des Beklagten das Rechtsmittel verworfen; damit fällt auch die Anschließung. Hat der kautionspflichtige Kläger sich dem Rechtsmittel des Beklagten angeschlossen, so kann der Beklagte nur die Erklärung der Zurücknahme der Klage beantragen.

Ad a und b: Der Ausspruch, daß die Klage für zurückgenommen erklärt oder daß das Rechtsmittel verworfen werde, erfolgt nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil. Dieses ist kein Versäumnisurteil im Sinne der §§ 295 ff.; denn es handelt sich nicht um die Folgen einer Terminsversäumnis. Versäumt der kautionspflichtige Kläger den Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann der Beklagte entweder das Versäumnisurteil nach § 295 oder die absolutio ab inst. wegen Nichtbestellung der Kostenkaution verlangen; ein Versäumnisurteil, das die Klage wegen Mangels der Kaution für zurückgenommen erklärt, ist nicht möglich [vgl. Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 1 ff. AM. RG. 6. Dez. 1889 Entsch XXIV Nr. 97 S. 433]. Erhebt der Kläger Einspruch gegen das Versäumnisurteil, so kann der Beklagte immer noch Kaution verlangen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 295).

4. § 105 findet auf Anordnung von Kautionsergänzung (§ 104 Abs. 3) entsprechende Anwendung.

5. Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Kaution ist unzulässig. Die Kautionspflicht ist keine materiellrechtliche Verbindlichkeit.

6. Die Bemerkungen Nr. 1 bis 3 litt. a und 5 finden auf die Fälle des HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Siebenter Titel.
Armenrecht.

1. Über die geschichtliche Entwicklung des AR.: s. Wetzell Syst. § 30 N. 98 ff., Renaud S. 750 f., Planck I § 38 II. — Vom AR. nach der CPrO. handeln Bl. f. RA. XLIII S. 273 ff., 311 ff., Erg.Bd. III S. 23 ff., 49 ff.

2. Das AR. im Sinne der CPrO. kann Haupt- und Nebenparteien, aber nur physischen, nicht juristischen Personen bewilligt werden. [So auch Francke Ztschr. f. d. CPr. VI S. 91 ff., Sturm Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 829 ff., OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 136. Planck I § 38 bei N. 39 meint, daß das AR. den Personen verliehen werden könne, die die Mittel zur Prozeßführung für die juristische Person herbeizuschaffen hätten.] Einem Vertreter als solchem kann das AR. nicht bewilligt werden; daher auch nicht dem Konkursverwalter [Sturm a. a. O., RG. 4. Apr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 90 S. 366, OLG. Col-

Digitized by Google

mar Ztschr. f. d. CPr. VII S. 97, OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 54, OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 99; vgl. jedoch KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 368]. Landesgesetzliche Vorschriften können für gewisse Rechtssachen oder für bestimmte physische oder juristische Personen in dem Verfahren vor den Landesgerichten die Gebührenfreiheit gewähren (GKG. § 98 Abs. 2). Für Bayern s. Ges. über das Gebührenwesen v. 18. Aug. 1879 Art. 3 u. 279. Wegen Gebührenfreiheit vor dem Reichsger. s. BO. v. 24. Dez. 1883 (RGBl. 1884 S. 1). — Über Stundung und Niederschlagung von Kosten wegen Armut ohne Bewilligung des AR. s. preuß. AG. z. GKG. § 30.

3. Die Vorschriften über AR. finden im Verfahren zur Sicherung des Beweises, im Entmündigungsverfahren, im Mahnverfahren, im Aufgebotsverfahren und im schiedsrichterlichen Verfahren, soweit hierbei eine Mitwirkung des Gerichts in Frage kommt, entsprechende Anwendung.

§ 106.

Wer außer stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Mot. S. 123. KPr. S. 39—41, 523.

1. Wegen des Nachweises der Armut s. § 109 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 dazu. Sind vermögende Verwandte der Partei vorhanden, die für deren prozessualische Vertretung zu sorgen haben, so ist das AR. nicht zu bewilligen. Im übrigen ist es nicht erheblich, ob alimentationspflichtige Verwandte vorhanden sind. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Planck I § 38 N. 31, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. VI S. 127, KG. Berlin eod. X S. 403.]

2. Daß das Gesuch mit Rücksicht auf die Haltbarkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung gerichtlicher Vorprüfung unterworfen sein solle, wurde in der JK. d. RT. beschlossen. Dieser Prüfung dient § 109 Abs. 3. Eine Ausnahme macht § 110 Abs. 2. — Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu würdigen, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als mutwillig oder, wenn nicht gerade mutwillig, so doch als aussichtslos erscheine. Die Bewilligung darf nur versagt werden, wenn die Unhaltbarkeit des von dem Nachsuchenden eingenommenen Rechtsstandpunkts offenbar, nicht schon wenn die Haltbarkeit unwahrscheinlich ist. [Vgl. RG. 6. April 1881 Entsch. IV Nr. 119 S. 417.] In Eheprozessen kann dem Beklagten das AR. aus dem Grunde der Aussichtslosigkeit seiner Verteidigung nicht versagt werden, da er ohne Urteil der Klage nicht genügen kann [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 487].

3. Die Gegenseitigkeit ist „verbürgt", wenn nach den Gesetzen des ausländischen Staates ohne Vertrag den Deutschen das AR. gewährt wird (dies ist in Italien der Fall, Bek. d. RK. v. 1. Okt. 1879, RGBl. S. 312) oder wenn Verträge darüber bestehen. [Vgl. die in Bem. Nr. 4 zu § 102 cit. Schrift von Koppers.] Verträge des Reichs bestehen zur Zeit mit Belgien (v. 18. Okt. 1878 RGBl. 1879 S. 316), Luxemburg (v. 12. Juni 1879 RGBl. S. 318), Frankreich (v. 20. Febr. 1880 RGBl. 1881 S. 81), Österreich-Ungarn (v. 9. Mai 1886 RGBl. 1887 S. 120). Vgl. a. die in Bem. Nr. 4 litt. m zu § 102 cit. Verträge über Gleichstellung der Staatsangehörigen der vertragschließenden Staaten mit den Inländern. — Soweit zwischen Bundesstaaten und außerdeutschen Staaten Verträge über die wechselseitige Gewährung des AR. bestehen, ist von den Gerichten dieser Bundesstaaten die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

Digitized by Google

§ 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

1) **die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;**
2) **die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;**
3) **das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.**

Mot. S. 124, 125. KPr. S. 41, 42, 523, 524, 663.

1. Zu Nr. 1: Der Staat muß die Gebühren und Kosten für die auf Vorschlag der zum AR. gelassenen Partei zu ladenden Zeugen ꝛc. auslegen (KPr. S. 523, 524). Wegen der Kosten der Zwangshaft s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 792. — Zu den sonstigen baren Auslagen gehören die in GKG. § 79 aufgezählten. Wegen der Reisekosten einer Partei, deren Person Objekt einer Begutachtung ist, s. Ztschr. f. d. CPr. VII S. 98. Rückständig sind die Kosten, die auf einen bereits erlegten Gebührenvorschuß verrechnet werden, nicht mehr; daher kann der vor Bewilligung des AR. erlegte Vorschuß nicht zurückverlangt werden, soweit er auf frühere Kosten zu verrechnen ist [OLG. Jena SA. XLVII Nr. 65].

2. Zu Nr. 2: Andere prozessualische Sicherheiten (s. Bem. Nr. 1 zu § 101) sowie die aus dem materiellen Rechte sich ergebenden Kautionen muß auch der zum AR. Zugelassene leisten.

3. Zu Nr. 3: Wie die Beiordnung des GV. erfolgt, bestimmen die Landesgesetze. — Ein Recht auf Beiordnung eines Offizialanwalts besteht nur im Anwaltsprozesse (vgl. § 74). Die RAO. § 34 stellt es in das Ermessen des Prozeßgerichts, der armen Partei auf Antrag einen Offizialanwalt auch in anderen Prozessen beizuordnen. Beschwerde gegen Ablehnung eines solchen Antrags s. RAO. § 35. Wegen Auswahl des beizuordnenden Anwalts: RAO. § 36 Abs. 1. Beschwerde gegen die Auswahl: RAO. § 36 Abs. 2, nicht gegen die Beiordnung als solche. [Vgl. Reskr. d. preuß. Just.Min. in Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 772, RG. 25. März 1884 eod. XXVIII S. 1134, 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 88 S. 341, 30. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1186.] Der Anwalt kann die Vertretung auch nicht aus dem Grunde ablehnen, daß die Rechtsverfolgung oder -verteidigung aussichtslos sei [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 51]. Über Vollmacht des beigeordneten Anwalts s. Bem. Nr. 1 zu § 76.

4. Bewilligung des AR. mit teilweiser Befreiung ist nicht vorgesehen, daher unzulässig [vgl. RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 417].

§ 108.

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

KPr. S. 42, 524.

Der Gegner der zum AR. zugelassenen Partei kann alle im Sinne des § 87 notwendigen Kosten fordern, wenn die arme Partei zur Tragung der Kosten verurteilt ist. — Vgl. noch Bem. Nr. 1 zu § 111 und Bem. Nr. 8 zu § 247.

Digitized by Google

§ 109.

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuche ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugnis beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei, sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugnis auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

In dem Gesuche ist das Streitverhältnis unter Angabe der Beweismittel darzulegen.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Prozeßgericht = das Gericht, wo die Klage (oder der Antrag auf Beweiserhebung zur Sicherung des Beweises, auf Zahlungsbefehl, auf Entmündigung ꝛc. ꝛc. s. Bem. Nr. 3 vor § 106) angebracht werden soll oder angebracht ist. Nach Erledigung einer Instanz kann für diese das AR. nicht mehr bewilligt werden [vgl. RG. 27. Juli 1880 Entsch. II Nr. 102 S. 378]; aber ein noch durch Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil erledigt die Instanz nicht [vgl. Sächs. Arch. II S. 321]. — Wegen Zwangsvollstreckung s. § 110 Abs. 1. — Für das Gesuch besteht kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 2).

2. Bei Beurteilung der Dürftigkeit ist das Gericht insofern an die gutachtliche Äußerung der das Zeugnis ausstellenden Behörde gebunden, als das AR., wenn die Behörde das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten nicht bezeugt, nicht bewilligt werden kann. [Vgl. RG. 14. Apr. 1894 SA. XLIX Nr. 278.] Dagegen ist das Gericht nicht gebunden, Unvermögen anzunehmen, wenn solches von Seite der Behörde bezeugt wird; andere Erhebungen sind nicht ausgeschlossen [vgl. Marcus Ztschr. f. d. CPr. XI S. 291 f.]. Unvollständige Vermögenszeugnisse können zur Ergänzung zurückgegeben werden.

3. Abs. 3 steht mit der sachlichen Vorprüfung (§ 106 Bem. Nr. 2) in Zusammenhang. Das Gericht ist nicht verbunden, von Amtswegen Erhebungen über die vorgetragenen Thatsachen anzustellen [OLG. Dresden SA. XXXVIII Nr. 64], kann aber von dem Gesuchsteller nähere Aufklärung über das Streitverhältnis oder über Beweismittel (z. B. Vorlage von Urkunden) fordern. Wird das AR. in einem anhängigen Prozesse nachgesucht, so muß das dem Prozeßgerichte in den (nötigenfalls einzuziehenden) Akten zu Gebote stehende Material von Amtswegen berücksichtigt werden [RG. 25. März 1881 Entsch. IV Nr. 97 S. 357]. Förmliche Beweisaufnahme zum Zwecke der Vorprüfung ist ausgeschlossen.

§ 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Partei mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Die Bewilligung des AR. muß für jede Instanz besonders nachgesucht werden. —

Digitized by Google

Wegen teilweiser Bewilligung, wenn die Rechtsverfolgung ꝛc. bezüglich eines von mehreren Ansprüchen aussichtslos ist, s. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 486.

2. Die Bewilligung des AR. für die Instanz schließt die Bewilligung des AR. für das in der Instanz angeordnete Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein, gleichviel ob der ersuchte Richter demselben oder einem anderen Bundesstaate angehört.

3. Die Bewilligung des AR. für die erste Instanz schließt die Bewilligung für die Zwangsvollstreckung ein. Wird einer Partei das AR. erst in einer höheren Instanz bewilligt, so muß sie, um das AR. für die Zwangsvollstreckung zu erhalten, bei dem Gerichte erster Instanz darum nachsuchen. Die Bewilligung des AR. für die Zwangsvollstreckung schließt die Bewilligung für die sich im Zwangsvollstreckungsverfahren ergebenden neuen Prozesse nicht ein. — Die Bewilligung des AR. für die Zwangsvollstreckung durch die erste Instanz ist für alle bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Gerichte, auch wenn sie einem anderen Bundesstaate als das Prozeßgericht angehören, maßgebend.

4. War dem Gesuchsteller in der vorigen Instanz das AR. bewilligt, so bedarf es keines besonderen Nachweises des Unvermögens in der höheren Instanz; immerhin kann das Gericht, z. B. bei veränderten Vermögensverhältnissen, die Frage der Dürftigkeit verneinen [vgl. RG. 13. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 86 S. 428, 14. Apr. 1894 SA. XLIX Nr. 278]. Will der Gesuchsteller das Rechtsmittel einlegen, so tritt die sachliche Vorprüfung ein; das Gericht hat zu prüfen, ob das Rechtsmittel nicht mutwillig oder aussichtslos ist. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so unterbleibt eine sachliche Vorprüfung, weil der Gesuchsteller das Urteil für sich hat. Dies gilt auch dann, wenn der Gesuchsteller sich dem Rechtsmittel anschließt. Dagegen entfällt die sachliche Vorprüfung nicht deswegen, weil sich der Gegner des Gesuchstellers dem von diesem eingelegten Rechtsmittel anschloß [AM. RG. 3. Nov. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 124]; die Beschränkung des AR. auf die Abwehr der Anschlußanträge des Gegners ist unzulässig [vgl. RG. a. a. O.].

§ 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger, hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.

KPr. S. 42, 524.

1. § 111 ist in der JK. des RT. eingefügt worden. Dadurch ist nicht bloß die Schädigung vermögender Parteien durch frivole, im AR. geführte Prozesse zahlungsunfähiger Personen verringert, sondern auch die arme Partei in dem Falle des Unterliegens begünstigt, indem sie bei der Erstattung Kosten der in § 107 Nr. 1 bezeichneten Art dem Gegner nicht zu erstatten braucht. Die Befreiung bezieht sich auch auf die Gebühren und Auslagen der Zeugen und Sachverständigen [RG. 9. März 1883 Entsch. XXIII Nr. 85 S. 353].

2. Wenn die zum AR. zugelassene Partei Widerklage erhebt oder sich der Berufung oder der Revision des Gegners bloß anschließt, so ist § 111 nicht anwendbar. — Die Befreiung des Gegners der armen Partei gemäß § 111 erstreckt sich auch auf das Verfahren über die von ihm erhobene Widerklage, solange nicht Klage und Widerklage in getrennten Prozessen verhandelt werden (§§ 136, 273 cf. GKG. § 11 Abs. 1) [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 485], ferner auf seine Anschlußberufung und Anschlußrevision. Treten die arme Partei und ihr Gegner als Berufungs- oder Revisionskläger auf, so findet § 111 nur insoweit Anwendung, als der Gegner der armen Partei Berufungs- oder Revisionsbeklagter ist. Seine Berufung oder Revision und das hierdurch

Digitized by Google

veranlaßte Verfahren ist nicht kostenfrei; daher ist der als Berufungs- oder Revisionskläger auftretende Gegner der armen Partei verpflichtet, den Gebührenvorschuß für die Instanz (GKG. § 81) zu erlegen [RG. 9. Dez. 1881 SA. XXXVII Nr. 148, 2. Mai und 13. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 131 S. 420]. Der Gegner der armen Partei ist zur Bezahlung nur derjenigen Gebühr verbunden, die nach dem durch seine Berufung ꝛc. ergriffenen Streitgegenstand ohne Zurechnung (GKG. § 11 Abs. 2) des von der Berufung des Gegners berührten Streitgegenstandes sich berechnet.

3. Mit § 111 stehen die §§ 114 Abs. 2 und 116 Abs. 2 im Zusammenhang. Diese Bestimmungen gehen den Vorschriften über Vorschußpflicht in GKG. §§ 84 Abs. 1, 86, 90, 93, 97 vor [vgl. RG. 9. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 83 S. 352]. — Mit der Entziehung (§ 112) oder dem Erlöschen (§ 113) des AR. hört auch die Befreiung des Gegners auf.

§ 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergiebt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

Mot. S. 125. EPr. S. 42, 524.

1. Die zwei Voraussetzungen der Bewilligung des AR. sind Dürftigkeit und Probabilität der Sache. Überzeugt sich das Gericht nach Bewilligung des AR., daß eine dieser Voraussetzungen niemals vorhanden war oder hinweggefallen ist, so hat es von Amtswegen das AR. zu entziehen [vgl. RG. 13. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 86 S. 428]. Diese Vorschrift hat besondere Bedeutung für die Fälle, in denen das Gericht sich durch die Prozeßentwicklung von der offenbaren Frivolität der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung der zum AR. zugelassenen Partei überzeugt.

2. Die Entziehung des AR. wirkt von dem Momente der Verkündung oder Zustellung des Beschlusses an. Die Beschwerde (§ 118) hat keine aufschiebende Kraft. Rückwirkung hat die Entziehung des AR. nicht. Davon verschieden ist die Verpflichtung zur Nachzahlung nach § 116.

§ 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

EPr. S. 42, 524.

Mit dem Tode der Person, der das AR. bewilligt ist, erlischt sowohl die Befreiung von den Gerichtskosten als auch die Verpflichtung des beigeordneten Gerichtsvollziehers zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und Vollstreckungshandlungen und des beigeordneten Rechtsanwalts zur vorläufig unentgeltlichen Wahrung der Parteirechte [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 138], jedoch unbeschadet der sich aus §§ 82, 83 ergebenden Fortdauer der Vertretungsbefugnis.

Die Erben können wieder um das AR. nachsuchen, wenn in ihrer Person die Voraussetzungen gegeben sind. Wegen Verpflichtung der Erben zur Nachzahlung gestundeter Beträge vgl. § 116 Bem. Nr. 1.

§ 114.

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Digitized by Google

Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurteilt oder der Rechtsstreit ohne Urteil über die Kosten beendigt ist.

KPr. S. 42, 524.

1. a) Ist der Gegner der armen Partei in die Prozeßkosten verurteilt, so sind sowohl die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei nach § 107 Nr. 1, wie diejenigen, von deren Berichtigung er selbst nach § 111 einstweilen befreit ist, von ihm einzuziehen. Das Gleiche gilt bezüglich der Kostengruppen, die nach den Regeln über Kostenseparation (s. Bem. Nr. 1 zu § 90) dem Gegner der armen Partei auferlegt sind.

b) Wurden die Kosten gegen einander aufgehoben (§ 88 Abs. 1), so ist die Hälfte der Gerichtskosten vom Gegner der armen Partei einzuziehen; denn damit ist ausgesprochen, daß die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last fallen (s. Bem. Nr. 1 zu § 88).

c) Wurden die Prozeßkosten verhältnismäßig geteilt (§ 88 Abs. 1), so ist von dem Gegner der armen Partei die Quote der Gerichtskosten einzuziehen, die der ihm zur Last gelegten Quote der Prozeßkosten entspricht.

d) Wurde der Prozeß durch Vergleich erledigt, so ist zu unterscheiden: α) bezüglich der Kosten ist nichts vereinbart, so daß sie als aufgehoben gelten (§ 93) oder es ist die Aufhebung vereinbart; dann sind die Gerichtskosten zur Hälfte von dem Gegner der armen Partei einzuziehen. Arg. GKG. §§ 86, 88. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLIII Nr. 146.] β) Der Gegner der armen Partei übernimmt die Kosten ganz oder zu einer die Hälfte übersteigenden Quote; dann sind die Gerichtskosten ganz oder in der übernommenen Quote von dem Gegner der armen Partei einzuziehen. γ) Die arme Partei übernimmt die Kosten ganz oder zu einer die Hälfte übersteigenden Quote. Dann sind die Gerichtskosten zur Hälfte von dem Gegner der armen Partei einzuziehen. Arg. GKG. § 88. [Vgl. OLG. Karlsruhe SA. XXXVII Nr. 340.]

e) Wird der Prozeß während längerer Zeit (vgl. etwa GKG. § 94 Nr. 1) nicht betrieben, so kann das Gericht den Gegner der armen Partei auffordern, sich zu erklären, ob er den Prozeß liegen lassen wolle. Wird daraufhin der Prozeß nicht betrieben, so sind von der vermögenden Partei die Gerichtskosten einzuziehen, deren Schuldner sie in einem Prozesse ohne Armenrecht nach GKG. § 89 wäre.

2. In den in Bem. Nr. 1 litt. a—c bezeichneten Fällen können die Gerichtskosten erst beigetrieben werden, wenn die Entscheidung rechtskräftig ist. Zwar fordert GKG. § 86 nicht die Rechtskraft der Entscheidung; aber der § 86 setzt einziehbare, nicht wegen Armenrechts gestundete Gerichtskosten voraus. Dem GKG. § 86 gegenüber ist CPrO. § 114 die speziellere Rechtsnorm [vgl. RG. 13. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 131 S. 419, 9. März 1889 XXIII R. 83 S. 352. Unrichtig OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. IV S. 397 und das U. eod. V S. 477]. Die Einziehung erfolgt, ohne daß deren Zulässigkeit vom Gerichte besonders auszusprechen ist, durch die nach dem Landesgesetze zuständige Behörde [vgl. preuß. AG. z. GKG. § 29; bay. Instr. v. 21. Sept. 1879 JMBl. S. 205 ff.].

§ 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in

Digitized by Google

demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

Mot. S. 125. KPr. S. 42, 524.

1. Nachgebildet der (übrigens besonderen Ausspruchs bedürftigen) distraction des dépens des Code de proc. art. 133. — Die arme Partei schuldet ihrem Gerichtsvollzieher und ihrem Rechtsanwalte die Gebühren und Auslagen. Durch die Verurteilung des Gegners in die Prozeßkosten wird festgestellt, daß die arme Partei einen Anspruch gegen den Gegner auf Erstattung dieser Kosten hat. Soweit die arme Partei ihren Gerichtsvollzieher und ihren Anwalt noch nicht bezahlt hat, geht mit der Verurteilung des Gegners der Ersatzanspruch der armen Partei auf den Gerichtsvollzieher und den Rechtsanwalt über; es vollzieht sich ein gesetzlicher Übergang des Forderungsrechts. Ist die Verurteilung noch nicht rechtskräftig, so ist der Übergang durch den Eintritt der Rechtskraft bedingt; der Eintritt der Bedingung hat rückwirkende Kraft. Verfügungen über die Forderung, die nach dem Übergang von der armen Partei vorgenommen wurden, also Zahlungen an die arme Partei, mit ihr geschlossene Nachlaß- oder Stundungsverträge ꝛc., sind dem Gerichtsvollzieher und dem Rechtsanwalte gegenüber unwirksam. Der Gerichtsvollzieher und der Rechtsanwalt sind allein berechtigt, die betr. Kosten vom Gegner zu fordern. Der Übergang bewirkt nicht, daß die arme Partei dem GV. und dem RA. gegenüber von ihrer Gebührenschuld befreit wird; wohl aber tritt die Befreiung ein, soweit der GV. oder RA. diese Kosten von dem Gegner beitreibt oder durch Aufrechnung mit eigener Schuld in sein Vermögen überführt. Die Rechtsverhältnisse sind in dieser Beziehung analog denjenigen, die durch Pfändung und Überweisung einer Forderung zur Einziehung (§§ 730, 736) entstehen. [Vgl. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 51.]

2. Die Verurteilung des Gegners in die Kosten ist für den GV. und den RA. Vollstreckungstitel. Auf Grund dessen können sie kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen die Festsetzung der Gebühren und Auslagen nach §§ 98 ff. beantragen und den Festsetzungsbeschluß vollstrecken lassen [OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 297]. Gegen den Festsetzungsbeschluß können der GV. und der RA., soweit er sie angeht, Beschwerde kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen erheben [RG. 14. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 114 S. 390, OLG. Cassel SA. XLVIII Nr. 211]. Klage des GV. und des RA. gegen den Gegner ist nicht möglich, weil auch die Partei nicht auf die Kosten klagen könnte.

3. Zu Abs. 2: Weil der Anspruch des GV. und des RA. gegen den Gegner von der armen Partei auf jenen übergangen ist, würden Einreden aus der Person der armen Partei möglich sein, wenn sie nicht durch das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen wären. Zugelassen ist jedoch die Aufrechnung der Kosten, die nach einer in demselben Rechtsstreite erlassenen Entscheidung von der armen Partei dem Gegner zu erstatten sind. Die Aufrechnung dieser Kosten kann im Festsetzungsverfahren vollzogen werden, denn es handelt sich dabei nicht um eine Gegenforderung, deren Existenz erst festgestellt werden müßte, sondern nur um die Höhe der Kosten und deren Festsetzung [vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 255]; daher ist die Festsetzung erst zulässig, wenn die Entscheidung über die Kostenerstattungspflicht der armen Partei rechtskräftig ist [vgl. bay. ob. LG. SA. XLII Nr. 155]. Einreden aus der Person des GV. oder des RA. sind zulässig; sie sind durch Klage nach § 686 geltend zu machen.

§ 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald

Digitized by Google

sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts dazu im stande ist.

Dasselbe gilt in betreff derjenigen Beträge, von deren Berichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurteilt ist.

Mot. S. 126. KPr. S. 42, 524.

1. Die Verpflichtung zur Nachzahlung ist von Amtswegen durch Beschluß auszusprechen (§ 118). Ein Antrag des dabei interessierten Gerichtsvollziehers oder Rechtsanwalts kann den Anstoß geben. Der Beschluß kann während des Rechtsstreits und nach dessen Beendigung erlassen werden, wenn die Vermögensverhältnisse der Partei sich gebessert haben oder das Gericht sich später überzeugt, daß die Vemögensverhältnisse von Anfang an die Bewilligung des AR. nicht rechtfertigten. Daß die zum AR. zugelassene Partei zur ratenweisen Nachzahlung der Kosten imstande ist, genügt nicht [RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 416]. — Die Erben der zum AR. zugelassenen Partei können zur Nachzahlung angehalten werden, wenn in ihrer Person die Voraussetzung des § 116 zutrifft.

2. Zuständig zur Erlassung des Beschlusses ist das Gericht, wo der Prozeß anhängig ist, und nach Beendigung des Prozesses das Gericht erster Instanz. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 4, RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XII Nr. 124 S. 416. AM. Gaupp I S. 256 f. und Hellmann Lehrb. S. 222].

3. Die Verpflichtung zur Nachzahlung erstreckt sich a) auf die Gerichtskosten und Auslagen (§ 107 Nr. 1), von deren Berichtigung die Partei einstweilen befreit war. Diese Kosten können von der armen Partei nicht eingezogen werden, wenn der Gegner in die Prozeßkosten verurteilt ist (arg. GKG. § 86). Bei Beendigung des Prozesses *ohne Urteil* über den Kostenpunkt ist zu unterscheiden, ob dem Gerichte eine Erklärung zugekommen ist, wonach eine der Parteien die Kosten übernommen hat, oder nicht. Liegt dem Gerichte eine solche Erklärung vor, so ist zunächst Schuldner der Gerichtskosten, wer die Kosten übernommen hat (GKG. § 86); dabei kommt jedoch GKG. § 88 zur Anwendung. Daraus ergiebt sich, daß bei Übernahme der Kosten durch den Gegner der armen Partei diese zur Nachzahlung nur der Hälfte der Kosten und zwar erst nach dem im GVG. § 88 Abs. 2 vorgeschriebenen Exekutionsversuche angehalten werden kann. Liegt dem Gerichte keine Erklärung des bezeichneten Inhalts vor, so schuldet die zum AR. zugelassene Partei im Falle des § 116 die *ihr* gestundeten Beträge ganz. b) Auf die Gebühren des Anwalts- und Gerichtsvollziehers, die der Partei nach § 107 Nr. 3 beigeordnet wurden. [Vgl. Gaupp I S. 256 N. 3, Planck I S. 172. AM. Wilm. Levy N. 5 zu § 107 und N. 1 zu § 117, die die durch den Beschluß eintretende Nachzahlungspflicht nur auf die in § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten beziehen und die Feststellung der Verpflichtung zur Bezahlung der Anwalts- und Gerichtsvollziehergebühren zum gesonderten Prozeß verweisen.] Erst wenn die Nachzahlungspflicht durch den Gerichtsbeschluß festgestellt ist, können der Anwalt und der Gerichtsvollzieher die ihnen geschuldeten Beträge von der Partei beitreiben. Der Beschluß ist kein Vollstreckungstitel für sie; vielmehr haben sie ihre Forderungen in gesondertem Prozeß zu verfolgen. Die Klage kann im Gerichtsstande des § 34 erhoben werden. Dem angegangenen Gerichte fällt die Festsetzung des Betrags zu. c) Bei Verurteilung der armen Partei in die Kosten, nicht aber bei Beendigung des Prozesses ohne Urteil, erstreckt sich die Nachzahlungspflicht auch auf die Beträge, von deren Berichtigung der Gegner nach § 111 einstweilen befreit war.

4. Von dem Beschlusse der Nachzahlung verschieden ist die Entziehung des AR.

Digitized by Google

(§ 112). Nachzahlung und Entziehung können im Laufe des Prozesses zugleich beschlossen werden. — Verfahren s. § 117. Anfechtung des Beschlusses s. § 118.

§ 117.

Über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

KPr. E. 42, 542.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Nach mündlicher Verhandlung ergehende Beschlüsse sind zu verkünden. Hat keine mündliche Verhandlung stattgefunden, so ist zu unterscheiden: a) der das AR. bewilligende und der das AR. entziehende Beschluß ist stets beiden Parteien zuzustellen, dem Gegner der armen Partei wegen § 111. b) Der ein Gesuch um Bewilligung des AR. zurückweisende Beschluß ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen, weil der Gegner nicht dabei interessiert ist. c) Der Beschluß, der die Verpflichtung zur Nachzahlung ausspricht, ist der armen Partei oder ihren Erben zuzustellen; nicht dem Gegner, weil er kein Interesse daran hat. — Alle hiernach nötigen Zustellungen erfolgen von Amtswegen (§ 294 Abs. 2). Vgl. noch Bem. Nr. 3 zu § 294.

2. Das Verfahren ist gebührenfrei: GKG. § 47 Nr. 2. Anwaltsgebühren s. GO. f. RA. §§ 25 Nr. 129, Nr. 6.

§ 118.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.

Mot. E. 126. KPr. E. 42, 524.

Wird das AR. verweigert oder entzogen (§ 112) oder wird Nachzahlung angeordnet (§ 116), so steht der um das AR. nachsuchenden und der Partei, der das AR. entzogen oder die Nachzahlung auferlegt ist, die Beschwerde zu. Der Gegner hat gegen Beschlüsse, die das AR. betreffen, niemals ein Rechtsmittel; ebensowenig der beigeordnete RA. außer nach RAO. § 36 oder der GV. [Vgl. RG. 25. März 1884 Beitr. z. E. d. DR. XVIII S. 1135 30. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 99 S. 418.] Im Falle des § 114 erfolgt die Einziehung ohne besonderen Beschluß; daher ist keine Beschwerde gegen die Einziehung möglich, unbeschadet des sich aus GKG. §§ 4, 16, 47, 48 ergebenden Beschwerderechts gegen die Ansätze.

Wird der das AR. entziehende Beschluß mit einem durch Berufung anfechtbaren Urteile verbunden, so ist er gleichwohl mit Beschwerde, nicht mit Berufung, anfechtbar (arg. § 473). [Unrichtig bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 260.]

Dritter Abschnitt.

Verfahren.

Erster Titel.

Mündliche Verhandlung.

§ 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

Mot. E. 11—22, 29 ff., 128. KPr. E. 42, 524.

Digitized by Google

1. Über die Entwicklung des schriftlichen Verfahrens im gemeinen Prozesse vgl. Wetzell § 67 S. 890 ff. Über „Mündlichkeit und Schriftlichkeit" s. v. Canstein rationelle Grundlagen des Civilprozesses S. 94 ff., Wach Vortr. S. 1 ff. und Handb. I S. 135 ff., Planck I § 40, Hellmann Lehrb. S. 199 ff.; ferner Sonnenschmidt Ztschr. f. d. CPr. II S. 208, Bierhaus eod. S. 375 ff., v. Krämel eod. III S. 452 ff., IV S. 246 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 814 ff., H. Meyer eod. XXVIII S. 707 ff., Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 339 ff. (gegen die von der CPrO. eingeführte Mündlichkeit), Wach die RCPrO. und die Praxis (Leipz. Progr. 1886), Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 82 ff., Henrici Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 1 ff. (diese drei contra Bähr), Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 329 ff. (Replik), Jäckel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 635 ff. (contra Bähr), v. Krämel Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 441 ff. (im wesentl. f. Bähr), Bähr eod. S. 523 ff., v. Krämel eod. XXV S. 255 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 145 ff., H. Meyer eod. S. 834 ff., Wach civilproz. Enquete Ztschr. f. d. CPr. Erg.-Heft zu Bd. XI, Goldenring Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 52 ff.

2. Die Motive S. 19 ff. bemerken über den Grundsatz der Mündlichkeit:

„Der Grundsatz der Mündlichkeit bedarf seiner äußeren und inneren Bedeutung nach einer weiteren Entwicklung.

Mündlichkeit des Verfahrens ist ein zwar gängiger, aber inkorrekter Ausdruck. Man spricht richtiger von dem Grundsatze der Unmittelbarkeit der Verhandlung und versteht darunter, daß die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll.

Aus dieser Formulierung ergiebt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit ebensowenig wie der Grundsatz der Öffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht. Er hat seine Bedeutung für den freilich erheblichsten, aber doch beschränkten Teil des Verfahrens.

Nach der obigen Formulierung findet der Grundsatz keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Soll der Grundsatz auch auf derartige Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, was sich ohne Zweifel empfiehlt, so wird der Gesetzgeber besonders vorzuschreiben haben, daß dieselben nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien. (Ist geschehen in §§ 68, 126.)

Die Beweisaufnahme als solche, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer anderen Person vollzieht, keine Parteienverhandlung, wenngleich den Parteien eine Mitwirkung gestattet sein und eine Parteienverhandlung die Beweisaufnahme begleiten kann. Damit wird aber selbstverständlich nicht verneint, daß die Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, vor den zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richtern durch die gewichtigsten sachlichen Gründe geboten werde.

Es giebt Prozeßakte, welche von Partei zu Partei, mit oder ohne Mitwirkung von Zustellungsbeamten erfolgen oder auf Veranlassung der Parteien von den Gerichtsschreibern oder Zustellungsbeamten ausgehen. Selbstverständlich kann hier von dem Grundsatze der Mündlichkeit keine Rede sein. — Ein Gleiches gilt aber auch in den Fällen, wo Parteien eine Thätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen, welche, wie insbesondere in der Instanz der Zwangsvollstreckung, mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist.

Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann. Dahin gehören beispielsweise Arrest und einstweilige Verfügungen, die Ablehnung eines Richters und die Bestimmung des rechten Richters. In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falls entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittels eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist. Dagegen dürfte es sich nicht

Digitized by Google

empfehlen von einer Entscheidung in beratender Sitzung zu sprechen, weil dieser technische Ausdruck nicht gemeinverständlich ist, und, auf einen Einzelrichter angewandt, als gänzlich unpassend empfunden werden muß.

Demgemäß bleibt als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach der Intention des Gesetzgebers gleichzeitig sein sollen (Versäumnisverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Parteien sich charakterisiert, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit."

Besondere, den Grundsatz der Mündlichkeit einschränkende Vorschriften gelten für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen ꝛc. (§§ 313 ff.), für das Verfahren vor dem Prozeßgerichte im Zwischenstreite über die Rechtmäßigkeit einer vor dem beauftragten oder ersuchten Richter erklärten Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens (§ 354 cf. § 367) sowie für das Verfahren vor dem Plenum oder den verein. Senaten des RG. nach GVG. § 137 Abs. 3 i. d. F. d. RG. v. 17. März 1886 (RGBl. S. 61). Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien über das Ergebnis der nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgten Beweisaufnahme s. Bem. Nr. 4 zu § 258. Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien über das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens s. Bem. Nr. 1 zu § 318. Wegen der Bedeutung der Berichterstattung der Parteien in der Rechtsmittelinstanz über die vorinstanziellen Entscheidungen und Beweisverhandlungen s. Bem. Nr. 2 zu § 488.

3. Insoweit der Grundsatz der Mündlichkeit gilt, ist das gesprochene, nicht das nur geschriebene Wort das Mittel zur Erklärung von Partei zu Gericht. Bloß das in der mündlichen Verhandlung von den Parteien dem Gerichte vorgelegte Prozeßmaterial von Behauptungen, Antworten ꝛc. wird in dem Urteile berücksichtigt. Dieser Prozeßstoff wird berücksichtigt, auch wenn er in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten war. Dagegen wird der in den Schriftsätzen der Parteien vorgebrachte Prozeßstoff, soweit er nicht auch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht ist, nicht in dem Urteile berücksichtigt. Aber das Gericht soll nichts destoweniger von dem Inhalte der Schriftsätze Kenntnis nehmen. Es soll seine, wenn auch nur durch die Schriftsätze erlangte, amtliche Kenntnis des Prozeßstoffes in der Verhandlung verwerten, um die Parteien zum mündlichen Vortrag zu veranlassen, damit der Stoff in dem Urteile berücksichtigt werden kann. Dafür, daß dies geschehe, hat der Vorsitzende, nötigenfalls auf Anregung der Beisitzer, zu sorgen. Sollte erst nach dem Schlusse der Verhandlung bei der Beratung wahrgenommen werden, daß erheblicher Inhalt der Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen wurde, so ist das Gericht nicht befugt, jenen Stoff in dem Urteile zu berücksichtigen; aber das Gericht wird pflichtgemäß die Verhandlung wieder eröffnen und die Parteien zur Erklärung darüber veranlassen, wie sie es mit jenem Prozeßstoffe halten, ob sie ihn im Prozesse verwerten wollen oder nicht. Natürlich entfällt die Notwendigkeit, eine solche Erklärung der Parteien zu provozieren, wenn nach dem Inhalte der Verhandlung ersichtlich ist, daß die Partei ein in den Schriftsätzen vorkommendes aber in der Verhandlung nicht reproduziertes Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht benutzen will. Steht aber ein solcher Wille, der auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden kann, für die richterliche Überzeugung nicht fest, so handelt das Gericht pflichtwidrig, wenn es die Vervollständigung der mündlichen Verhandlung nicht veranlaßt. [Vgl. Planck I S. 183 ff.]

Speziell über die Notwendigkeit, den Inhalt von Urkunden mündlich vorzutragen, damit dieser bei der Beweisführung berücksichtigt werden kann, vgl. RG. Entsch. IV Nr. 104, VIII Nr. 87 und Nr. 88, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 230, sowie Planck I S. 187.

Digitized by Google

4. Mit dem Grundsatze der Mündlichkeit in Verbindung stehen folgende Sätze:

a) Nach § 280 kann das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die der dem Urteile zu Grund liegenden Verhandlung ohne Unterbrechung beigewohnt haben. Denn nur sie haben die Kenntnis des Streitstoffes durch mündlichen Vortrag erlangt. Wenn im Laufe der maßgebenden mündlichen Verhandlung (darüber s. u. litt. c) ein Wechsel im Richterpersonale eintritt, so muß die Verhandlung von neuem beginnen.

b) Erklärt ein zur Entscheidung berufener Richter, daß ein für die Beurteilung des Rechtsstreits wesentlicher Teil der Verhandlung seiner Erinnerung entschwunden sei, so bleibt, ebenfalls nichts übrig, als neue mündliche Verhandlung (Mot. S. 21).

c) Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen irgend eines Umstandes, insbesondere auch wegen hervortretenden Bedürfnisses der Aufnahme von Beweisen, nicht durchgeführt, d. h. nicht mit Urteil (Zwischen- oder Endurteil) geschlossen werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell darin der ganze Streitstoff einschließlich der Beweisergebnisse vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, die der Urteilsfällung unmittelbar vorausgeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die maßgebende dar. [Vgl. Planck I S. 190 ff., Gaupp I S. 264 f., Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. II S. 379, v. Bülow eod. IV S. 339 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 199 u. A., RG. 14. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 174, 13. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 97 S. 344. AM. Wach Vortr. S. 6 ff. und Enquete S. 89, Hellmann Lehrb. S. 354, Birkmeyer Grundriß S. 150 und S. 211 ff.] Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Parteien auf die früheren Vorträge Bezug nehmen, wenn das Gericht in derselben Weise wie früher besetzt ist und sich dieser Vorträge erinnert; die Bezugnahme auf Vorgebrachtes ist eben Reproduktion. [Vgl. a. Schultzenstein Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 295 ff. Unrichtig H. Meyer eod. S. 707 ff.] Nicht im Widerspruch mit der maßgebenden Bedeutung der letzten Verhandlung steht, daß die Parteien durch die in früherer Verhandlung oder vor einem beauftr. oder ers. Richter erklärten Geständnisse, Anerkenntnisse und Verzichte gebunden bleiben. Auch kann das Gericht die in früherer Verhandlung gemachte Wahrnehmung ebenso wie den nicht reproduzierten Inhalt von Schriftsätzen bei der Würdigung des Beweises (§ 259) in Betracht ziehen. [Vgl. Planck I S. 191 f.]

Die Folgesätze, die sich aus der prinzipiellen Einheit mehrerer Verhandlungen für die Befugnis zum Vorbringen neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel sowie für das Versäumnisverfahren ergeben, sind bei §§ 251, 256 und bei § 297 erörtert.

5. Das Gesetz erklärt in folgenden Fällen, in denen es sich nicht um Entscheidung des Rechtsstreits handelt, die mündliche Verhandlung für obligatorisch:

I. vor der Entscheidung über die Zulassung einer Nebenintervention (§ 68),
II. vor der Entscheidung über den Antrag auf Verurteilung des Anwalts zur Zurückgabe einer Urkunde (§ 126),
III. vor der Entscheidung über den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291),
IV. vor der Entscheidung über den Antrag auf Ergänzung des Urteils (§ 292),
V. vor der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung (§§ 352—354),
VI. vor der Entscheidung über die Berechtigung eines Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens (§ 367),
VII. vor der Entscheidung über den Antrag auf Urkundenherausgabe (§§ 390, 391),
VIII. vor der Entscheidung über die Anträge auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung (§§ 653, 654),

Digitized by Google

IX. vor der Erlassung eines Urteils auf Vollstreckbarkeit des Urteils eines ausländischen Gerichts (§ 660),

X. vor der Entscheidung über den Widerspruch gegen einen Beschluß, durch welchen Arrest oder einstweilige Verfügung angeordnet wurde (§§ 804, 805). Vgl. a. § 807.

Auf die mündliche Verhandlung in diesen Fällen finden die Regeln der §§ 120—151 und des GVG. §§ 177 ff. entsprechende Anwendung. Der aus dem Grundsatze der Mündlichkeit der Verhandlung sich ergebende Satz, daß allein das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte die Grundlage der Entscheidung bildet, gilt auch hier und erleidet nur eine Ausnahme in den Fällen ad V und VI, für die die §§ 353, 354 besonderes bestimmen. Was die Behandlung der Terminsversäumnis anlangt, so ist vor allem das Verfahren nach §§ 353, 354 in den Fällen ad V und VI als ein eigenartig geregeltes bei Seite zu stellen (vgl. darüber die Bemerkungen zu §§ 352—354). Keinen Zweifel erregt die Gruppe der Fälle ad IV, VIII, IX, X. In diesen Fällen handelt es sich um ein mit Urteil endigendes Verfahren unter den Parteien. Bleibt eine Partei aus, so finden die Regeln der §§ 295, 296 ff. entsprechende Anwendung; das Versäumnisurteil unterliegt dem Einspruch. Auch die Behandlung des Falls ad VII ist zweifellos: soweit ein Termin lediglich zur Verhandlung über den Editionseid bestimmt ist, ist § 312 anwendbar; sonst finden die Regeln der §§ 295 ff. Anwendung. Übrig sind die Fälle ad I, II, III. Ad I und II handelt es sich um Zwischenstreite mit Dritten. In solchen giebt es kein Versäumnisurteil (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 312 u. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 68). Das Verfahren ad III endigt mit Beschluß. Das Gesetz kennt keinen Versäumnisbeschluß. Da das Gesetz die Folgen der Terminsversäumnis nicht bestimmt, so ist nach Lage der Sache zu entscheiden. Näheres über den letzten Fall s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 291.

6. In das Ermessen des Gerichts gestellt (fakultativ) ist die mündliche Verhandlung in folgenden Fällen:

I. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 37),

II. vor der Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Gerichtspersonen (§§ 46, 49),

III. vor der Verurteilung eines Gerichtsschreibers, Rechtsanwalts, Gerichtsvollziehers ꝛc. zur Tragung von Kosten (§ 97),

IV. vor der Kostenfestsetzung (§ 99),

V. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, vor Entziehung des Armenrechts und vor Feststellung der Verpflichtung zur Nachzahlung gestundeter Beträge (§ 117),

VI. vor der Entscheidung über den Antrag auf Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160),

VII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Bewilligung der öffentlichen Ladung (§ 187),

VIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist durch Gerichtsbeschluß (§§ 203, 204),

IX. vor der Entscheidung über den Antrag auf Verlegung eines Termins (§ 205 Abs. 2),

X. vor der Entscheidung über das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens (§ 225),

XI. vor der Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten des Urteils (§ 290),

Digitized by Google

XII. vor der Festsetzung der Einspruchsfrist in Fällen, in denen die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muß (§ 304 Abs. 2),

XIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Ablehnung von Sachverständigen (§ 371 Abs. 4),

XIV. vor der Entscheidung über das Gesuch um Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (§ 451),

XV. vor der Entscheidung über die Beschwerde (§ 536), und demgemäß arg. § 216 Abs. 2 vor der Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Notfrist des § 540,

XVI. vor der Entscheidung über den Antrag, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, in den Fällen der §§ 467 Abs. 2, 657,

XVII. vor der Entscheidung über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeitsklausel (§§ 668, 705),

XVIII. vor den Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts (§ 684),

XIX. vor der Entscheidung über Anträge auf Einstellung ꝛc. der Zwangsvollstreckung in den Fällen der §§ 688, 690, 696,

XX. vor der Entscheidung über den Antrag auf Hinterlegung des Erlöses nach § 710 Abs. 4,

XXI. vor den in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen (§ 776),

XXII. vor der Entscheidung über das Arrestgesuch (§ 801 Abs. 2),

XXIII. vor der Entscheidung über das Gesuch um Aufhebung eines vollzogenen Arrestes (§ 813 Abs. 3),

XXIV. vor der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung (§§ 816 Abs. 2, 820 Abs. 3),

XXV. vor der Entscheidung über den Antrag auf Aufgebot (§ 824 Abs. 1).

Wird in diesen Fällen mündliche Verhandlung nicht angeordnet, so finden zweifellos die Bestimmungen des 1. Buches 3. Abschn. 1. Titel keine Anwendung. Das Gericht kann die Beteiligten zu schriftlichen Äußerungen auffordern. Für diese besteht Anwaltszwang, soweit für die Anträge (Gesuche) solcher besteht, d. i. in den Fällen ad III, VI—IX, XI, XII, XV—XVII, XIX—XXI, immer vorausgesetzt, daß sich der Antrag (das Gesuch) auf einen Anwaltsprozeß bezieht. In den anderen Fällen kann die vom Gerichte veranlaßte Erklärung durch einen vom Anwalte nicht beglaubigten Schriftsatz oder auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden (arg. § 536 Abs. 2). Dem Gebote des Gesetzes, daß der Gegner gehört werden solle (§§ 97, 203, 776), geschieht durch die Aufforderung zu schriftlicher Erklärung Genüge. Beweiserhebungen sind nicht ausgeschlossen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. X S. 397 ff.]. Das Gericht entscheidet auf Grund der Akten. Der Beschluß ist den beiden Parteien und den sonstigen Beteiligten von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 2). Ausnahmen s. Bem. Nr. 3 zu § 294.

Wie das Verfahren sich gestaltet, wenn die mündliche Verhandlung angeordnet wird, darüber fehlt es an ausdrücklicher Bestimmung. Ganz eigenartig geregelt und deshalb zu Schlußfolgerungen ungeeignet ist das bei Anordnung mündlicher Verhandlung eintretende Verfahren auf Gesuche um Arrest oder einstweilige Verfügung. Daraus, daß das Gesetz für diese Fälle bestimmt hat, daß, wenn mündliche Verhandlung eintritt, nicht durch Beschluß sondern durch Urteil zu entscheiden ist, ist zu entnehmen, daß in diesem Fall eine ganz reguläre mündliche Verhandlung mit Versäumnisverfahren, Einspruch, Berufung, Re-

Digitized by Google

vision eintritt. (Näheres über dieses Verfahren s. bei §§ 801, 802.) Von diesem Verfahren kann für die übrigen Fälle, in denen die mündliche Verhandlung nicht mit Urteil sondern mit Beschluß endigt, nichts gefolgert werden. Daß auf die mündliche Verhandlung die Vorschriften der §§ 120—151 (also auch die Vorschrift des § 129 über die Folgen des unterbliebenen Widerspruchs gegnerischer Behauptungen) und des GVG. §§ 177 ff. entsprechende Anwendung finden, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Gewiß ist, daß die auf eine mündliche Verhandlung ergehenden Beschlüsse verkündet, nicht zugestellt werden (§ 294 Abs. 1) und daß (abgesehen von dem bereits bei Seite gestellten Falle der §§ 801 und 816) die Regeln des Versäumnisverfahrens (§§ 295 bis 312) keine Anwendung finden. Das Gesetz kennt keine Versäumnisbeschlüsse und im Zwischenstreite mit Dritten keine Versäumniszwischenurteile. — Mit annähernder Sicherheit dürfte auch für die Parteien (nicht für die bei dem Verfahren nach §§ 97, 371 Abs. 4 beteiligten Dritten) die Notwendigkeit der Vertretung durch Anwälte bei der vor den Landgerichten und vor den Gerichten höherer Instanz stattfindenden mündlichen Verhandlung auf Grund von § 74 zu behaupten sein, soweit für die Gesuche Anwaltszwang besteht. [Allgemeiner und daher kaum richtig RG. 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 391.] Zweifelhaft ist die sonstige Struktur des Verfahrens. Die Kardinalfrage ist, ob das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte die alleinige Grundlage für die Entscheidung bildet oder ob die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung nur zu dem schriftlichen Aktenmateriale hinzutreten und vereint mit diesem die Grundlage der Entscheidung bilden. Für die erstere Ansicht [O. Fischer Termin und Ladung S. 33 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 649 ff. und anschließend A. Förster N. 3d zu § 319 sowie Struckm. Koch § 119 Nr. 4 litt. b] spricht, daß danach die auf Anordnung des Gerichts eintretende mündliche Verhandlung im Prinzip das Gleiche ist, wie die obligatorische mündliche Verhandlung, wodurch man der immerhin mißlichen Annahme entgeht, das Gesetz habe mit dem einen Ausdruck „mündliche Verhandlung" verschiedene Bedeutungen verbunden. Gleichwohl dürfte die andere Ansicht [v. Bülow in Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 128, Wach Vortr. S. 119 ff., G. Hoffmann in Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 730 ff., Hellmann Lehrb. S. 662f und Gaupp I S. 266] den Vorzug verdienen. In den Stellen, in denen jetzt die Wendung „die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen" gebraucht ist, war im hann. und im nordd. Entw., soweit die Stellen auf diese zurückführbar sind, gesagt: „die Entscheidung kann in beratender Sitzung erfolgen" oder „erfolgt in der ber. S." Im Entw. I findet sich die in das Gesetz übergegangene Wendung. Die Mot. des Entw. I (S. 218) gedenken der Änderung mit den oben (S. 171 f. Z. 1 v. u.) zitierten, in die Begründung des Entw. III übernommenen Worten: „Dagegen ꝛc. — empfunden werden muß." Von einer prinzipiell anderen Behandlung, wie sie darin läge, wenn das Gericht durch Anordnung mündlicher Verhandlung die Mündlichkeit im angegebenen Sinne anordnen könnte, ist nichts erwähnt. Die Mündlichkeit als allein relevante Erscheinungsform des Parteivorbringens paßt für einige der angeführten Fälle — z. B. §§ 97, 117 soweit es sich um Entziehung des AR. und Verpflichtung zur Nachzahlung handelt, § 290 — absolut nicht, weil die Entscheidungen hier auch von Amtswegen, also unabhängig vom Parteivorbringen erfolgen müssen.

Aus der hier vertretenen Ansicht ergeben sich folgende Sätze:

a) Die mündliche Verhandlung hat nur informatorische Bedeutung. Das Gericht hat bei der Entscheidung sowohl das in den Akten liegende als das mündliche Parteivorbringen zu berücksichtigen. Es steht nichts im Wege, daß das Gericht nach mündlicher Verhandlung von den Parteien noch schriftliche Erklärungen einholt.

b) Erscheint in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine keiner der

Digitized by Google

Beteiligten, so ruht das Verfahren nicht, sondern das Gericht erläßt, wenn es nicht die Vertagung beschließt, die Entscheidung auf Grund der Akten.

c) Erscheint nur einer der Beteiligten, so wird mit diesem verhandelt. Ist der Implorant ausgeblieben, so ist dessen Antrag nicht, wie die Klage nach § 295, schlechthin abzuweisen, sondern es ist nach Lage der Akten zu entscheiden. Ist der Implorat ausgeblieben, so ist nicht das Präjudiz des § 296 anzuwenden, sondern wiederum nach Lage der Akten zu entscheiden. Daß das Gericht bei der Würdigung der Wahrheit von Thatsachenbehauptungen aus dem Nichterscheinen des Gegners Folgerungen ziehe, ist dadurch nicht ausgeschlossen.

d) Soweit für die mündliche Verhandlung Anwaltszwang besteht (s. o.), wird zwar die nicht durch einen Anwalt erschienene Partei nicht zur Verhandlung zugelassen, aber es erwächst ihr dadurch kein anderer Rechtsnachteil, wie wenn sie nicht erschienen wäre. [Daß die ohne Anwalt erschienene Partei in diesen Fällen zur Information des Gerichts vernommen werden könne, behauptet Hoffmann a. a. O. S. 741 ff.]

e) Der Termin wird von Amtswegen bestimmt und den Parteien ohne Ladungsformale bekannt gegeben. [Vgl. Gaupp I S. 266 f., Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 739 ff., Krech eod. XXVI S. 262 f., Eccius eod. XXIX S. 19 N. 22. Dagegen vertreten Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 629, 643, 647 ff. bes. S. 652, Meyer Zustellung S. 18, Struckm. Koch N. 4 zu § 119, Wilm. Levy N. 1 vor § 119, Hellmann Lehrb. S. 300 die Ansicht, daß das Gericht nur die mündliche Verhandlung anzuordnen, die Ladung aber einschließlich des Gesuchs um Terminsbestimmung der Partei zu überlassen habe. Die Anhänger dieser Ansicht dürften genötigt sein, in den Fällen der §§ 97, 117 (soweit es sich um Entziehung des Armenrechts oder um Nachzahlung handelt) und 290 wieder Ausnahmen von ihrer Regel zu machen; denn in diesen Fällen kann das Verfahren unmöglich vom Parteibetrieb abhängig sein.] Keinesfalls kann eine Partei, ehe mündliche Verhandlung angeordnet ist, zur mündlichen Verhandlung laden (s. Bem. Nr. 2 Abs. 1 litt. e zu 193).

§ 120.

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

Mot. S. 128, 129. KPr. S. 42, 524.

1. Litteratur: P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang (1883), Birkmeyer Grundriß S. 135, 142, 159, Planck I S. 186 f. u. S. 421 ff.

2. „In Anwaltsprozessen" vgl. Bem. Nr. 1 u. 4 zu § 74. Die Vorschrift des § 120 Abs. 1 gilt auch für Zwischenstreite unter den Parteien und zwischen den Parteien und Dritten, soweit für die Zwischenstreite die mündliche Verhandlung obligatorisch ist und der Anwaltszwang besteht. Indem in Anwaltsprozessen die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze geboten wird, sind die durch diese Schriftsätze erwachsenden Kosten (GO. f. RA. § 76) für notwendige Kosten erklärt; aber darüber, ob eine Mehrzahl von Schriftsätzen zur Vorbereitung notwendig war, hat wieder das richterliche Ermessen nach § 87 Abs. 1 bei der Kostenfestsetzung zu entscheiden. Daher kann das Gericht auch in Anwaltsprozessen die Kosten unnötiger Schriftsätze (Schreibgebühren ꝛc.) vom Betrage der dem Gegner zu erstattenden Kosten ausschließen.

3. Die Nichtbeachtung der instruktionellen Vorschrift des § 120 Abs. 1 hat für die Partei niemals sachliche Nachteile, insbesondere nicht Präklusion irgendwelchen Vorbringens,

Digitized by Google

zur Folge. Doch kann nach Umständen, insbesondere wenn der Gegner infolge der Nichtvorbereitung durch Schriftsätze außer stande ist, sich auf das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte zu erklären, die Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung nötig werden. In diesem Falle muß die Verurteilung der säumigen Partei in die Kosten der Vertagung ꝛc. (§ 90) und kann die Erhebung einer besonderen Gebühr (GKG. § 48) beschlossen werden.

4. In dem Verfahren vor den Amtsgerichten können die nach § 120 Abs. 2 zulässigen Schriftsätze sowohl von den Parteien wie von ihren Vertretern selbst gefertigt oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden (§ 463). Wenn Schriftsätze im amtsgerichtlichen Verfahren zulässig sind, so ist damit noch nicht gesagt, daß die dafür erwachsenden Kosten (GKG. § 80, GO. f. RA. §§ 46, 76) zum Ersatze kommen müssen. Vielmehr ist im einzelnen Falle zu erwägen, ob sie zur entsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

§ 121.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2) die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;
3) die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
4) die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
5) die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;
6) in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

Mot. S. 129, 130. KPr. S. 42, 43, 524.

1. Die Vorschriften des § 121 gelten für alle Schriftsätze. Neben den Vorschriften des § 121 bestehen für einzelne Schriftsätze besondere Vorschriften und zwar in § 67 für die Nebenintervention, § 70 für die Streitverkündung, § 214 für das Wiedereinsetzungsgesuch, §§ 230, 457 für die Klage, § 305 für den Einspruch, §§ 479, 480 für die Berufungsschrift, §§ 515, 516 für die Revisionsschrift.

2. Die Vorschriften des § 121 sind instruktionell. Die Nichtbeachtung hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Schriftsätze, die den Vorschriften des § 121 nicht entsprechen, können als ungenügend zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung behandelt werden. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 120.

3. Zu Nr. 1: „Bezeichnung des Streitgegenstandes." Nur allgemeine Bezeichnung z. B. wegen Forderung, wegen Eigentums.

4. Zu Nr. 2: Vgl. §§ 230 Nr. 2, 240 Nr. 2, 269.

5. Zu Nr. 3: Welche thatsächlichen Verhältnisse im gegebenen Falle zur Begründung der Anträge gehören, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Über die Begründung

Digitized by Google

der Klage s. § 230 Bem. Nr. 2 Ziff. IV. Die vorbereitenden Schriftsätze *sollen* (instruktionell) die Geschichtserzählung enthalten.

Die Motive bemerken: „Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten. Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden, wenn in dieselben alles, was in thatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtsausführungen belastet würden."

Natürlich kann in einem späteren Schriftsatze auf den Inhalt eines früheren oder auch auf das in einer Verhandlung Vorgebrachte Bezug genommen werden. (Mot. S. 129 f.)

6. Zu Nr. 4: Die Erklärungen über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners sind nicht nach Art des früheren schriftlichen Prozesses im engen Anschlusse an die Geschichtserzählung des Gegners zu geben.

7. Zu Nr. 5: Die Bezeichnung der Beweis- und Gegenbeweismittel soll nicht allgemein nach der *Art* der Beweismittel (wie im französischen und bayerischen Prozesse), sondern speziell, also unter genauer Bezeichnung der Urkunden, namentlicher Benennung der Zeugen ꝛc. geschehen.

8. Zu Nr. 6: Im Anwaltsprozesse ist ein Schriftsatz, dem die Unterschrift des Anwalts fehlt, im Parteiprozesse ein Schriftsatz, dem die Unterschrift der Partei oder des Bevollmächtigten fehlt, nicht ordnungsmäßig (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74). Die bei der Zustellung ausgehändigte Abschrift des Schriftsatzes enthält nicht die eigenhändige Unterschrift, sondern deren Kopie. Das Fehlen dieser Kopie ist belanglos, wenn der Name des Rechtsanwalts ꝛc. unter der Beglaubigung des Gleichlauts steht [RG. 12. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 107 S. 405].

9. Die Anführung der Rechtsnormen, aus denen der Antrag begründet wird, ist in § 121 nicht erwähnt. Daraus folgt nicht, daß solche Anführungen innerhalb der Schriftsätze unstatthaft sind. Auch Ausführungen über Rechtsnormen sind mindestens dann am Platze, wenn es sich darum handelt, Urteile wegen Rechtsverletzung durch Berufung oder Revision anzufechten (vgl. nordd. Prot. S. 1584). Die oben in Bem. Nr. 5 zitierte Äußerung der Motive steht nicht entgegen.

10. Ungeeignete Schriftsätze können weder vom Gerichtsschreiber noch vom Gerichte zurückgewiesen werden.

§ 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Teile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.

Mot. S. 130. KPr. S. 43, 524.

1. Die §§ 122, 125, 126 hängen mit der Vorschrift des § 385 über Antretung des Urkundenbeweises zusammen. Durch die vorherige Mitteilung soll der Gegner in den Stand gesetzt werden, sich über die im Termine vorgelegte Urkunde sogleich zu erklären.

Digitized by Google

2. Der bei den Akten der Partei bleibenden Urschrift des vorbereitenden Schriftsatzes ist die Urschrift oder die Abschrift der Urkunde beizufügen. Von diesem Schriftsatze nebst Anlagen erhalten der Gegner (§ 156) und das Gericht (§ 124) nur Abschriften (KPr. S. 43).

3. Die Nichtbeachtung der Vorschriften des § 122 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Nur kann, soweit die Vorbereitung durch Schriftsätze geboten ist (§ 126), auch hier nach Umständen Vertagung eintreten. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche; wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

Mot. S. 130, 131. KPr. S. 43, 524.

1. Die Motive bemerken: „Die in § 123 normierten Minimalfristen können nach § 204 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung in dem Gesetze nicht besondere Fristen festgesetzt sind, was in betreff der wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze geschehen ist (vgl. §§ 234, 244, 481, 484, 517, 519, 548)." Vgl. a. §§ 245, 459, 567 Abs. 2.

2. Wegen Berechnung der Zwischenfristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I g. E. vor § 191.

3. „Anderes neues Vorbringen" — das sind insbesondere Beweismittel und Beweiseinreden; auch rechtliche Ausführungen können der Vorbereitung bedürfen.

4. Über den Begriff „Zwischenstreit" s. Bem. Nr. 4 zu § 275. Inwieweit im Zwischenstreite vorbereitende Schriftsätze zu verlangen sind, darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 120.

5. Die Nichtbeachtung der Vorschriften des § 123 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Das ergiebt sich aus § 120. Wenn das Unterbleiben des Schriftenwechsels keine solchen Rechtsnachteile nach sich zieht, so kann auch die Nichteinhaltung der Fristen keine solchen Folgen haben. Wegen Vertagung s. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 124.

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Überreichung der Urschrift, wenn eine Terminsbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

Mot. S. 131. KPr. S. 43—47, 49, 50, 515, 524, 668.

1. Die Vorschriften des § 124 gelten sowohl für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß. Aus den hinterlegten Abschriften werden die Prozeßakten gebildet.

2. Beglaubigung der bei Gericht niederzulegenden Abschriften ist nicht verlangt.

3. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 124 hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. Bei der Unbeschränktheit der Befugnis, von Amtswegen die Ver-

Digitized by Google

handlung zu vertagen oder weiteren Termin zur Fortsetzung d. V. zu bestimmen (§ 206), kann das Gericht auch aus dem Grunde, weil die Schriftsätze nicht oder nicht so zeitig hinterlegt wurden, daß die erforderliche Information (s. Bem. Nr. 4) möglich war, die Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung d. V. beschließen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Partei, die die Vertagung ꝛc. veranlaßt hat, nach § 90 in die Kosten verurteilt und daß die Erhebung der Strafgebühr nach GKG. § 48 angeordnet wird. Denn die cit. Bestimmungen enthalten nach dieser Richtung keine Schranke des richterlichen Ermessens. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 268 bei N. 5, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 89. AM. Wach Vortr. S. 16, A. Förster Nr. 3, Hellmann Lehrb. S. 294.]

4. Die Hinterlegung der Schriftsätze bei Gericht soll dem Vorsitzenden Gelegenheit bieten, sich vorläufig über den Prozeß zu informieren, was wegen der Leitung der Verhandlung zweckmäßig ist (vgl. KPr. S. 44). Auch die Beisitzer können die Schriftsätze einsehen. In der mündlichen Verhandlung wird kein Bericht (Referat) über die Schriftsätze erstattet. Doch kann vor oder nach der mündlichen Verhandlung ein Berichterstatter (Referent) aufgestellt und nach der mündlichen Verhandlung vor der Beratung und Abstimmung ein Bericht (Referat) schriftlich oder mündlich erstattet werden. Die Zulässigkeit der Aufstellung eines Berichterstatters ist durch GVG. §§ 139, 199 anerkannt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 zu § 127, Gaupp I S. 273, v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. III S. 45 ff., IV S. 249 ff., Wach die RCPrO. u. d. Praxis (Leipzig 1886) S. 17 ff., 26 ff. Für die Zweckmäßigkeit der Referentenbestellung tritt insbesondere v. Krämel ein. AM. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 107 ff.]

§ 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.

Mot. S. 130. KPr. S. 49, 50, 525.

1. § 125 gilt für den Anwalts- wie für den Parteiprozeß. Die Vorschrift (vgl. Code de pr. art. 188) hängt mit § 122 zusammen und betrifft sowohl die Fälle, in denen die Urkunde dem Schriftsatze in Abschrift beigefügt, wie jene, in denen auf die Urkunde nur Bezug genommen ist. Auf der Gerichtsschreiberei sind die Urschriften zu hinterlegen. Auch auf die Vollmachtsurkunden, soweit sie nicht schon bei den Gerichtsakten sind, findet § 125 Anwendung.

2. Wann die Aufforderung zur Urkundenhinterlegung rechtzeitig ist, ist nach den Umständen zu bemessen. Die Aufforderung zur Niederlegung und die Benachrichtigung von der Niederlegung können schriftlich oder mündlich erfolgen; eine Form ist nicht vorgeschrieben, daher auch keine förmliche Zustellung.

3. Wer die Aufforderung nicht befolgt, erleidet keinen Rechtsnachteil in der Sache selbst; insbesondere ist er nicht gehindert, die Urkunde im Prozesse zu benutzen. Er läuft nur Gefahr, daß nach Umständen die Vertagung oder die Bestimmung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung auf seine Kosten beschlossen werde. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 120.

Digitized by Google

4. Läßt der Gegner die zur Einsicht gesetzte Frist unbenutzt verstreichen, so erwächst ihm daraus kein Nachteil zur Sache. Die Vorlage der Urkunde im Termine wird dadurch nicht entbehrlich. Der Gegner kann die Echtheit bestreiten. Nur kann er später nicht die Vertagung oder die Bestimmung eines Fortsetzungstermins aus dem Grunde verlangen, daß er die Urkunde nicht gekannt habe. Auch fallen ihm nach § 91 die durch sein Gesuch entstandenen Kosten zur Last.

§ 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mitteilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurteilen.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 130. KPr. S. 50, 525.

1. Der § 126 gilt im Anwalts- und im Parteiprozesse, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind. Die Mitteilung kann durch die Post vermittelt werden. An den ständigen Zustellungsbevollmächtigten des Rechtsanwalts (RAO. § 19) kann die Mitteilung erfolgen.

2. Den Anwälten ist nicht die Pflicht auferlegt, Urkunden von Hand zu Hand mitzuteilen, sondern nur statt der Niederlegung bei Gericht die bequemere Form zur Verfügung gestellt. Liefert der Anwalt gegen den Willen der Partei die Urkunde dem Anwalte des Gegners aus und die Urkunde geht verloren, so kann er sich der Haftung nicht durch Berufung auf § 126 entziehen (vgl. KPr. S. 50).

3. Die „bestimmte Frist" ist die in § 125 Abs. 2 vorgesehene, wenn nicht der Anwalt bei der Mitteilung eine andere bestimmte.

4. Über Zwischenurteil s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 275. Es giebt hier kein Versäumnisurteil. Das Zwischenurteil nach § 126 Abs. 2 ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 3) und berechtigt zur Zwangsvollstreckung nach § 769 (nicht nach § 774). Im Zwischenurteile ist über die Kosten des Zwischenverfahrens nach §§ 87 ff. zu entscheiden. Der säumige Anwalt ist persönlich kostenpflichtig. Das Verfahren ist gebührenfrei, GKG. § 47 Nr. 6; s. a. GO. f. RA. § 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

5. Wegen sofortiger Beschwerde s. § 540. Sie hat keine aufschiebende Kraft.

§ 127.

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er erteilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urteile und Beschlüsse des Gerichts.

Mot. S. 131. KPr. S. 50, 525.

1. Litteratur: Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 303 ff., v. Krawel eod. VI S. 173, Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden (München 1885), Wach I S. 327 f., Planck I S. 122, 154, 440. Vgl. a. Württ. GBl. XXI S. 117 ff., 245 ff.

Digitized by Google

2. Die Befugnisse des Vorsitzenden stehen im Parteiprozesse dem Amtsrichter zu. Die Befugnisse zerfallen in solche, die aus der Verpflichtung zur Aufrechthaltung der Ordnung (Sitzungspolizei GVG. § 177 ff.), und solche, die aus der Verpflichtung zur Sachleitung (§§ 127, 130) entspringen. Man kann noch die Befugnisse der formellen (§ 127 Abs. 1, 2, 4) und der materiellen (§§ 127 Abs. 3, 130) Sachleitung scheiden; praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung nicht. Dagegen ist die Unterscheidung zwischen den aus der Handhabung der Sitzungspolizei und den aus der Sachleitung entspringenden Befugnissen bedeutsam. Nur in Bezug auf diese, nicht in Bezug auf jene, besteht die in § 131 den bei der Verhandlung Beteiligten gewährte Provokationsbefugnis (vgl. Bem. 2 zu § 131). Den Beisitzern gegenüber ist der Vorsitzende auch in Bezug auf die Sachleitungsbefugnisse unabhängig (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 131). Aber der Schluß der Verhandlung kann erst erfolgen, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist (Abs. 4).

3. a) Zu Abs. 1: Die Verhandlung wird eröffnet, nachdem der Termin mit dem Aufrufe der Sache begonnen hat (§ 197 Abs. 1).

b) Zu Abs. 2: Der Vorsitzende kann der Partei, dem gesetzlichen Vertreter, dem Bevollmächtigten und dem Beistande wegen Ungehorsams gegen seine auf die Handhabung der Sitzungspolizei oder auf die Sachleitung bezüglichen Anordnungen das Wort entziehen. Auch dem Rechtsanwalte kann das Wort wegen solchen Ungehorsams entzogen werden. Die Entziehung des Wortes ist unabhängig von den nach GVG. §§ 178—180 möglichen Strafen. — Welche Folgen die Entziehung des Wortes für die Partei hat, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Wird einer Partei das Wort entzogen, bevor sie verhandelt hat, so kann, wenn nicht vertagt wird (vgl. § 206), gegen sie Versäumnisurteil erlassen werden (§§ 197, 298, 295 ff.). Hat die Partei schon verhandelt, so treten die Folgen der partiellen Versäumung ein; es ist so zu entscheiden, wie wenn die betreffende Partei in dem Zeitpunkte, da ihr das Wort entzogen wurde, freiwillig aufgehört hätte, zu sprechen. Wegen des Begriffs der Verhandlung s. Bem. Nr. 2 zu § 298. Wegen der Möglichkeit, einen Gerichtsbeschluß über die Gesetzmäßigkeit der Wortentziehung zu provozieren, s. § 131 und die Bemerkungen.

c) Zu Abs. 3: Die erschöpfende Erörterung der Sachen zu bewirken, dient das Fragerecht in § 130.

d) Zu Abs. 4: Der Schluß der Verhandlung wird vom Vorsitzenden verfügt. Der Schluß erfolgt erst, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist. Jedoch erfolgt darüber kein Gerichtsbeschluß. Vielmehr ist die Zustimmung des Gerichts anzunehmen, wenn nicht von einem Gerichtsmitgliede weitere Erörterung verlangt wird. Der Schluß der Verhandlung kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen — z. B. Beginn der Verkündung eines Urteils oder Beschlusses, Entfernung der Richter in das Beratungszimmer, Bestimmung eines Termins zur Urteilsverkündung — erklärt werden. Mit dem Schlusse der letzten Verhandlung vor der Urteilsverkündung tritt die generelle Präklusion allen nicht schon früher präkludierten Parteivorbringens für die Instanz ein (§§ 251, 256). Mit dem Schlusse der Verhandlung treten die Folgen totaler Versäumnis ein (§§ 197 Abs. 2, 209 Abs. 2, 295 ff.) In allen Fällen können die Wirkungen des Schlusses durch nachträgliche Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) beseitigt werden. Wegen Verkündung der Entscheidungen s. §§ 281, 294.

4. Der Vorsitzende kann weder die Handhabung der Sitzungspolizei noch die Gesamtheit der ihm nach §§ 127, 130 zustehenden Sachleitungsbefugnisse einem Beisitzer übertragen (Prot. zu GVG. S. 501—509, 641—643), wohl aber einzelne Zeugenverhöre u. dgl.

Digitized by Google

§ 128.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältnis in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

Mot. S. 131, 132. KPr. S. 50.

1. Antrag im Sinne des § 128 Abs. 1 ist die Erklärung der Partei darüber, wie sie vom Gerichte erkannt haben will (petitum). Anträge und Begründung zusammen bilden die Verhandlung. Die Anträge sind Bestandteil der Verhandlung aber nicht die Verhandlung (vgl. Bem. Nr. 2 zu 298). Wegen Verlesung von Anträgen s. § 269 und Bem. Nr. 1 dazu. Sind von den Parteien widersprechende Anträge gestellt, so ist die Verhandlung kontradiktorisch im Sinne des GKG. §§ 18 Nr. 1, 19 und der GO. f. RA. §§ 13 Nr. 2, 16, 17.

2. Nach den Anträgen folgen die Vorträge der Parteien in freier Rede. Das Ablesen der Schriftsätze ist nicht gestattet. Wegen Mangels der Fähigkeit zum entsprechenden mündlichen Vortrag kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach § 143 der weitere Vortrag untersagt werden.

3. Durch die Vorschrift des Abs. 3 ist nicht jegliche Bezugnahme auf ein Dokument, sondern nur die Bezugnahme statt mündlicher Verhandlung ausgeschlossen. Es ist dem richterlichen Ermessen überlassen, zu bestimmen, wie weit hierbei gegangen werden darf (vgl. KPr. S. 59). Wenn z. B. umfassende Rechnungen u. dgl. vorliegen, so kann wohl von deren Vorlesung Umgang genommen werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 278, Endemann I S. 469, Wach Ztschr. f. d. CPr. XI Beil. S. 75 ff. Zu weit geht v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 253. Gegen die Zulässigkeit der Bezugnahme A. Förster N. 2 mit unzureichenden Gründen.]

4. Es ist nach § 127 Pflicht des Vorsitzenden, für die genaue Beobachtung des § 128 Abs. 2 und 3 einzutreten. Leistet eine Partei, ein Vertreter oder ein Bevollmächtigter der Anordnung des Vorsitzenden keine Folge, so kann ihm das Wort entzogen werden (§ 127 Abs. 2).

5. Nach Abs. 4 muß (Ausnahme: GVG. § 189) in Anwaltsprozessen der neben dem Anwalte erschienenen prozeßfähigen Partei auf Antrag das Wort erteilt werden. Daß sie ohne Antrag zum Reden aufgefordert werden kann, ergiebt sich aus §§ 130, 131. Der Partei steht hier der gesetzliche Vertreter, nicht der Generalbevollmächtigte, gleich (KPr. S. 525). — Wegen des Verhältnisses der Parteierklärungen zu den Erklärungen ihres Anwalts vgl. § 81. — Nur für den Anwaltsprozeß bedurfte es der Bestimmung des Abs. 4; daß im Parteiprozesse der Partei neben ihrem Bevollmächtigten das Wort gestattet werden muß, folgt aus § 75.

§ 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zuge-

Digitized by Google

ſtanden anzuſehen, wenn nicht die Abſicht, ſie beſtreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Eine Erklärung mit Nichtwiſſen iſt nur über Thatſachen zuläſſig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenſtand ihrer eigenen Wahrnehmung geweſen ſind.

Mot. S. 132, 133. KPr. S. 50, 51, 525, 526.

1. Eine Pflicht zur Erklärung über die vom Gegner behaupteten Thatſachen beſteht trotz den Vorſchriften des § 129 nicht. Vielmehr haben die Parteien nur die Befugnis, durch Beſtreiten die vom Gegner behaupteten Thatſachen beweisbedürftig zu machen. Dieſe Befugnis wird wie andere Parteibefugniſſe präkludiert mit dem Schluſſe der Verhandlung, auf die das Urteil ergeht. Die ſog. poena confessi iſt Präkluſionswirkung. Näheres in Bem. Nr. 3. [So O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 27 ff., dem das Verdienſt zukommt, die Haltloſigkeit der Annahme einer Erklärungspflicht nachgewieſen zu haben. Im weſentlichen erklären ſich für B.s Anſicht Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 354 f., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 394 ff., Demelius confessio S. 34, 230 ff., Peterſen Ztſchr. f. d. CPr. III S. 221, 257 f. und 2. Aufl. d. Komm. S. 233, Eccius in Förſter pr. PrR. I § 50 N. 7, Schultze Konk.R. S. 61, 146 ff. und Privatrecht und Prozeß S. 11 ff., Löning Ztſchr. f. d. CPr. IV S. 135 ff., 139 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 274, Fitting Ztſchr. f. d. CPr. VI S. 30, L. Seuffert Arch. f. c. Pr. LXVII S. 329, Klein die ſchuldhafte Parteihandlung (Wien 1885) S. 41 ff., Wilm. Levy N. 1 zu § 129, Hellmann Lehrb. S. 291 ff., vgl. a. Heyßler in Ztſchr. f. Pr. u. ö. R. V S. 600, Bolgiano Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 85 ff., v. Canſtein Ztſchr. f. d. CPr. XVII S. 14 ff., Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 38. Dagegen: Wach Ztſchr. f. Pr. u. ö. R. VI S. 524 ff. (auch als Programm Leipz. 1879 „Präkluſion und Kontumaz" erſchienen), eod. VII S. 154 ff., Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212 N. 6, R. Leonhard Inwieweit giebt es noch Fiktionen (1880) S. 29 ff., Birkmeyer das gegenſeitige Verhältnis ꝛc. (ſ. bei § 39) S. 43 f. und Arch. f. c. Pr. LXVI S. 22 f., Plosz Beitr. z. Theorie des Klagerechts (1880), v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 106 A. Förſter N. 1 zu § 129, Planck I § 59 bei N. 7—13 S. 283 ff., Gaupp I S. 279. Auch Degenkolb Einlaſſungszwang und Urteilsnorm (1877, vor Bülows Abhandlung erſchienen) für Erklärungspflicht. Struckmann Koch, die in der 3. Aufl. ſich gegen Bülow erklärten, vermeiden in den ſpäteren Auflagen, Stellung zu der Kontroverſe zu nehmen, die ihnen bloß theoretiſche Bedeutung zu haben ſcheint.]

2. Ordnungsmäßiges Beſtreiten erfolgt: a) bei Thatſachen, die nach der Behauptung des Gegners eigene Handlungen der Partei oder des geſetzlichen Vertreters oder Gegenſtand ihrer Wahrnehmung geweſen ſind, durch die ausdrückliche Erklärung, daß die Thatſachen unwahr ſeien. Solche ausdrückliche Beſtreitung kann auch allgemein erfolgen; Widerſpruch der einzelnen Aufſtellungen des Gegners iſt nicht erforderlich. Es iſt kein ordnungsmäßiges Beſtreiten, wenn die Partei oder ihr Vertreter mit Bezug auf Thatſachen der angeführten Art erklärt, nichts davon zu wiſſen oder ſich nicht daran zu erinnern. Anders liegt die Sache, wenn die Partei ſich über eine Thatſache der angeführten Art dahin erklärt, daß ſie die Thatſache beſtreite, weil ſie nichts davon wiſſe oder weil ſie ſich nicht daran erinnere. Eine ſolche Erklärung iſt gültiges Beſtreiten; die Motivierung ändert daran nichts (vgl. KPr. S. 51 und § 424 Abſ. 2). b) Bei Thatſachen, die weder eigene Handlungen der Partei oder des geſetzlichen Vertreters noch Gegenſtand ihrer Wahrnehmung geweſen ſind, ſowohl durch ausdrückliches Beſtreiten als auch durch die Erklärung, daß man die Thatſache nicht wiſſe. c) Bei beiden Arten von Thatſachen durch Erklärungen, aus denen die Abſicht, ſie zu beſtreiten, hervorgeht. Das Geſetz überläßt es nicht, wie

Digitized by Google

das franz. Recht und die bay. PrO. Art. 164 Abs. 3, vollständig dem richterlichen Ermessen, Thatsachen, worüber keine ausdrückliche Erklärung erfolgte, je nach den Umständen als bestritten oder unbestritten anzunehmen, sondern setzt dem richterlichen Ermessen die engere Schranke, daß die nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachen als zugestanden gelten, d. i. des Beweises nicht bedürfen, wenn nicht das Gericht aus den übrigen Erklärungen der Partei positive Anhaltspunkte dafür entnimmt, daß die Partei sie bestreiten wollte. Das richterliche Fragerecht (§ 130) dient dazu, Zweifel über das Vorhandensein dieses Willens nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu lösen.

3. Das Bestreiten einer Thatsache ist möglich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, worauf das bedingte oder unbedingte Urteil (Zwischenurteil, Teilurteil, Endurteil) ergeht. Solange ein neuer Termin (auch nach Beweisbeschluß) oder die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können bisher nicht bestrittene Thatsachen noch immer bestritten werden. Ausgenommen sind die Thatsachen, bezüglich deren ein gerichtliches Geständnis (§ 261) vorliegt. Durch das gerichtliche Geständnis ist die Befugnis zum Bestreiten verloren. Widerruf ist nur nach § 263 möglich.

Außergerichtliches Geständnis hindert die Bestreitung einer Thatsache im Prozesse nicht. Eine andere Frage ist, ob die im Prozesse bestrittene, daher beweisbedürftige Thatsache durch außergerichtliches Geständnis bewiesen wird. — Auch die vertragsmäßige Zusage, eine Thatsache im Prozeß nicht bestreiten zu wollen, der sog. Anerkennungsvertrag, hindert nicht die Bestreitung der betreffenden Thatsachen im Prozesse. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 65 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 301 ff., Gaupp I S. 281. AM. Planck I S. 339; dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 202 ff.]

4. Die Wirkung ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Bestreitens ist, daß die betreffende Thatsache des Beweises bedürftig wird und der richterlichen Prüfung auf Wahrheit (Beweiswürdigung) anheimfällt. Bei der Beweiswürdigung kommen außergerichtliche Geständnisse und Anerkennungsverträge als Beweisgründe in Betracht und können dazu führen, daß die bestrittene Thatsache als erwiesen angenommen wird. Die Freiheit des richterlichen Ermessens (§ 259) ermöglicht auch, daß der Richter aus der Verhandlung, insbesondere aus früherem Nichtbestreiten oder aus dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze Indizienbeweis für eine widersprochene Thatsache entnimmt.

5. Die Thatsachen, die nicht oder nicht ordnungsmäßig (s. Bem. Nr. 2 und 3) bestritten werden, bedürfen keines Beweises. Das haben sie mit den gerichtlich zugestandenen Thatsachen gemein (s. § 261). Dieses gemeinsame Moment in der Wirkung des Nichtbestreitens und des Geständnisses führt dazu, in jenem Falle von einem fingierten Geständnisse und von einer poena confessi zu sprechen. Das Nichtbestreiten enthält aber nicht, wie das Geständnis, den Verzicht auf die Befugnis zum Bestreiten; das sog. fingierte Geständnis steht daher nicht unter der Regel des § 263 (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 261).

In den Fällen, in denen das gerichtliche Geständnis Thatsachen der richterlichen Beweiswürdigung nicht zu entziehen vermag, kann auch das sog. fingierte Geständnis — richtiger: das Nichtbestreiten — die Beweiswürdigung nicht ausschließen. Über diese Fälle s. Bem. Nr. 8 zu § 261. [Vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 402].

§ 130.

Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt

Digitized by Google

und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

Mot. S. 133, 134. EPr. S. 51—54, 526.

Litteratur: Planck I S. 156, 265, K. Schneider über richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts (1888).

1. In den Entwürfen stand: „Der Vorsitzende kann durch Fragen darauf hinwirken" ꝛc. In der JK. d. RT. wurde anstatt dessen gesetzt: „hat — darauf hinzuwirken", um zum Ausdruck zu bringen, daß die Fragestellung nicht bloß Befugnis, sondern Pflicht des Vorsitzenden sei.

2. Der Vorsitzende kann nicht bloß Fragen an die Partei stellen, sondern auch zu ihr sprechen [vgl. Wach Vortr. S. 54]. Die Befugnis dient dazu, die Partei zur Erläuterung unklarer Anträge sowie zur Begründung oder zu besserer Begründung von Anträgen, zu genaueren Angaben über thatsächliche Vorgänge sowie zur Bezeichnung der Beweismittel bezüglich der des Beweises bedürftigen Thatsachen, zur Erklärung oder zur deutlicheren Erklärung über thatsächliche Behauptungen und Beweismittel, insbesondere über Eidesanträge des Gegners, zu veranlassen. Auch zu dem Zwecke, um chikanöse oder frivole Behauptungen, Bestreitungen und Anträge als solche zu entlarven, ist das Fragerecht verwendbar. Das Fragerecht verstößt nicht gegen die Verhandlungsmaxime; denn der Vorsitzende hat nicht das Recht, Thatsachen, Beweismittel ꝛc. zu supplieren. Vielmehr wird durch die Fragestellung nur die Anregung zu Behauptungen ꝛc. gegeben, die vorzubringen oder nicht vorzubringen immer noch bei der Partei steht. Noch weniger kann die Rede davon sein, daß durch das Fragerecht Klagegründe, Einreden, Repliken ꝛc., die die Partei vorzubringen unterläßt, eingeschoben werden könnten. Das Fragerecht kann nur dazu dienen, die Partei zur Vorbringung ihrer gesamten Rechtsbehelfe zu veranlassen. [Vgl. Wach Vortr. S. 54 ff.] Über § 130 hinaus geht die dem Richter nach § 464 im amtsgerichtlichen Verfahren gewährte Befugnis.

3. § 130 enthebt die Parteien nicht der Obliegenheit, die zur Begründung ihrer Anträge oder zur Bekämpfung der gegnerischen Anträge nötigen Behauptungen und überhaupt das zur Aufklärung der Sache nötige thatsächliche Material dem Gerichte vorzutragen. Deshalb kann keine Partei die Revision darauf stützen, daß das richterliche Fragerecht nicht oder nicht in gehörigem Umfange ausgeübt worden sei. [Vgl. Mot. S. 134, Wilm. Levy N. 1, RG. 14. Juni 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 847, 28. Apr. 1882 SA. XXXVII Nr. 244, 1. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 113 S. 369, 25. Sept. 1882 (speziell über Fragerecht bei nicht gehörig substanzierten Beweisanträgen) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1072 und SA. XXXVIII Nr. 265, 5. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 110 S. 372, 24. Febr. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1136, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIII S. 199, LIX S. 317; dann Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 317 ff. Abweichend Gaupp I S. 281, Planck I S. 265 bei N. 52, Hellmann Lehrb. S. 301, RG. 10. Dez. 1891 Entsch. XXIX Nr. 84 S. 334.] Wohl aber kann die Revision darauf gestützt werden, daß das Gericht von den Parteien vorgebrachtes Material überhaupt nicht gewürdigt oder mit ungenügender Begründung beiseite geschoben hat; denn in diesem Fall sind die Entscheidungsgründe unvollständig und das ist ein Revisionsgrund (§ 513 Nr. 7). [So lag die Sache bei den Urteilen des RG. in Entsch. VI Nr. 101 S. 348, VIII Nr. 110 S. 372, IX Nr. 64 S. 239 f., Nr. 120 S. 419, X Nr. 47

Digitized by Google

S. 175, Nr. 130 S. 405, XII Nr. 119 S. 402, XVIII Nr. 39 S. 190, XX Nr. 88 S. 385.]

Auf Abweisung der Klage (oder Widerklage) angebrachter Maßen (absolutio ab instantia) wegen Mangels der genügenden Substanzierung darf nicht mehr erkannt werden. Der Richter hat durch Fragen auf Hebung der in der Substanzierung sich ergebenden Mängel hinzuwirken; wenn ihm diejenigen Aufschlüsse und Ergänzungen, die zur Begründung der Klage (Widerklage) notwendig sind, nicht gegeben werden können oder nicht gegeben werden wollen, so ist anzunehmen, daß der Anspruch nicht besser begründet werden könne, es ist daher auf definitive Abweisung zu erkennen. Diese Sätze gelten nicht bloß für das kontradiktorische Verfahren, sondern auch für das Versäumnisverfahren gegen den Beklagten. In diesem Falle hat das Gericht nach § 296 Abs. 2 zu prüfen, ob die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen den Antrag rechtfertigen, und soweit dies nicht der Fall ist, die Klage abzuweisen. Hat der Vorsitzende Bedenken, ob die vorgetragenen Thatsachen den Antrag rechtfertigen, so muß er den Kläger darauf aufmerksam machen und zu besserer Begründung auffordern. Giebt der Kläger keine bessere Begründung, so erfolgt die definitive Abweisung. [Der Ansicht, daß die Abweisung in angebrachter Art wegen Mangels der Substanzierung nach der CPrO. unzulässig sei, stimmen bei: Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 283, Petersen (2) S. 236, Endemann I S. 474 (vgl. jedoch II S. 138 f.), Hellmann Lehrb. S. 468, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. Bd. III S. 73, Struckmann eod. S. 224 ff., Ude eod. V S. 316, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 55 N. 19, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 125, Rocholl Rechtsfälle I S. 22 ff. (dieser schüttet das Kind mit dem Bade aus, indem er die „Abweisung in angebrachter Art" überhaupt, nicht bloß die wegen Mangels der Substanzierung, für unzulässig erklärt); ferner RG. 24. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 107 S. 358, 5. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 110 S. 371, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 268. In dem U. 26. Mai 1880 Entsch. II Nr. 65 S. 243 hatte das RG. sich für die Zulässigkeit einer Abweisung angebrachter Maßen wegen Mangels genügender Substanzierung ausgesprochen; allein dieses Urteil betraf eine nach dem preuß. Prozeßrechte verhandelte Sache, und nach dem preuß. Prozeßrechte war Abweisung wegen Mangels der Substanzierung möglich. — AM. sind: Wach Vortr. S. 55, v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 708 und Komm. S. 184, Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 186 ff., auch unter dem Titel „Beitr. z. L. v. Urteil" (Berl. 1880), Dernburg pr. PrR. I § 126 N. 14, A. Förster Komm. N. 6 zu § 130, Planck I S. 265 ff.] Auch Gegenforderungen, die zum Zwecke der Aufrechnung vorgebracht sind, können nicht wegen Mangels der Substanzierung aus diesem Prozesse hinausverwiesen werden [bay. ob. LG. SA. XLVIII Nr. 212].

4. Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer Frage hat das Gesetz nicht aufgestellt, vielmehr dem Gerichte überlassen, nach freier Überzeugung zu entscheiden (§ 259), welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung zu ziehen sind. (Mot. S. 133.)

5. „Von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte" s. Bem. Nr. 8 zu § 261 und Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 435 ff.

6. Durch § 130 Abs. 3 ist den Mitgliedern des Gerichts, wozu der Gerichtsschreiber nicht gehört, ein von der Bewilligung des Vorsitzenden unabhängiges Recht zur direkten Fragestellung an die Parteien eingeräumt.

§ 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitgliede gestellte Frage

Digitized by Google

von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.

Mot. S. 133, 134. KPr. S. 136—138, 526, 663, 664, ferner Prot. Nr. 168 S. 1, 2.

1. § 131 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Nach den ersten Beschlüssen der JK. d. RT. sollte auch darüber, ob eine Anordnung zweckmäßig sei, die gerichtliche Entscheidung provoziert werden können. Dies wurde vom Bundesrate nicht angenommen, worauf die obige Fassung beschlossen wurde. Danach kann die Entscheidung des Gerichts nur gefordert werden, wenn es sich um die Gesetzmäßigkeit, nicht wenn es sich um die Zweckmäßigkeit einer Anordnung des Vorsitzenden handelt (KPr. S. 663, 664).

2. Die Vorschrift des § 131 bezieht sich nur auf die vom Vorsitzenden in der mündlichen Verhandlung getroffenen Anordnungen (§§ 127—130) und auf die von dem Vorsitzenden oder von einem Gerichtsmitgliede an eine Partei, einen Zeugen oder Sachverständigen gestellten Fragen. Wegen Unterlassungen des Vorsitzenden, z. B. Ablehnung von Fragestellung, giebt es keine Provokation an das Gericht. Bei Beanstandung von Fragen der Partei an Zeugen und Sachverständige findet § 362 Abs. 3 (§ 367) Anwendung. Die Vorschrift des § 131 bezieht sich nicht auf die vom Vorsitzenden außerhalb der mündlichen Verhandlung getroffenen Verfügungen (z. B. §§ 193, 234, 666, 669, 822). Die Handhabung der Sitzungspolizei (GVG. §§ 176 Abs. 2, 177, 181) steht ausschließlich dem Vorsitzenden zu.

3. Die Entscheidung des Gerichts kann von jeder als Partei, Nebenintervenient, gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter, Beistand, Zeuge, Sachverständiger beteiligten Person, natürlich nur in der mündlichen Verhandlung, ohne besondere Form beantragt werden. Die Gerichtsbeisitzer und der Gerichtsschreiber haben nicht das Recht der Provokation. Dies ergiebt sich schon aus dem Wortlaute des Gesetzes. Die Gerichtsmitglieder und der Gerichtsschreiber sind nicht „bei der Verhandlung" beteiligt. Ferner aus der Entstehungsgeschichte: statt „von einer bei der Verhandlung beteiligten Person" hieß es in dem angenommenen Antrag Bähr: „von den vor Gericht handelnden Personen". Die Redaktionskommission hat die jetzige Fassung als gleichbedeutend eingestellt. [So auch Struckm. Koch (6) N. 5, Wilm. Levy (6) N. 1, Gaupp I S. 284, A. Förster N. 4, v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 582 ff., Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden S. 209. Die gegenteilige Ansicht von Petersen (2) S. 238, v. Sarwey I S. 224, Planck I § 36 N. 27, Fitting 7. Aufl. § 47 N. 3 ist nicht bloß aus den angeführten äußeren Gründen, sondern auch deswegen unhaltbar, weil sie zu einer unerträglichen Auflehnung der Beisitzer gegen den Vorsitzenden die Handhabe böte. Daß der Minister Leonhardt in der 168. Sitzung der JK. d. RT. mit einem Widerspruch der beisitzenden Richter exemplifizierte, beruht auf einem Versehen des Redners. Daß in GVG. § 187 Abs. 2 unter „den beteiligten Personen" auch die Gerichtspersonen zu verstehen sind, liefert keinen entscheidenden Beweis für den gleichen Sinn der Worte in § 131.]

4. Die Entscheidung ist Beschluß und erst mit dem Endurteile anfechtbar (§§ 473, 510).

§ 132.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.

KPr. S. 52—54, 526, 527.

1. Der § 132 wurde in der JK. d. RT. eingeschaltet (KPr. S. 52—54). Von der Befugnis des § 132 wird das Gericht Gebrauch machen, wenn von dem persönlichen Erscheinen der Parteien und deren Befragung eine Erklärung verworrener thatsächlicher Verhältnisse zu erwarten ist oder wenn sich Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Vorbringen des Prozeßbevollmächtigten nicht dem Parteiwillen oder nicht der Wahrheit gemäß sei.

Digitized by Google

[Zu weit geht R. Schneider richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts (1888) S. 129 ff.]

2. Unter „Parteien", deren Erscheinen nach § 132 angeordnet werden kann, sind nur prozeßfähige Parteien und gesetzliche Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien sowie Nebenintervenienten zu verstehen (KPr. S. 54). Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei wie auch beider Parteien anordnen.

3. Der Beschluß, wodurch das persönliche Erscheinen einer Partei angeordnet wird kann erst nach mündlicher Verhandlung erlassen werden und ist zu verkünden (§ 294). Er bedarf also nicht der Zustellung (§ 195). Eine Ladung der Partei durch den Gegner ist nicht erforderlich. Gegen den Beschluß giebt es kein Rechtsmittel. Im Versäumnisverfahren ist § 132 unanwendbar [vgl. Wach Vortr. S. 56].

4. Fälle, in denen das Prozeßgericht das persönliche Erscheinen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anordnen kann, s. §§ 268 und 579 Abs. 2. — Im vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen kann der beauftragte Richter das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 315), sonst nicht.

5. Auf Nichterscheinen einer Partei, deren persönliches Erscheinen gemäß § 132 angeordnet ist, steht kein Präjudiz. Das Gericht hat bei Würdigung des Beweises nach freiem Ermessen zu beurteilen, welche Bedeutung dem Nichterscheinen beizulegen ist. Maßregeln, um das Erscheinen zu erzwingen, außer dem Falle des § 579 nicht zulässig.

6. Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei zum Sühneversuch s. § 268. Besondere Vorschriften für Ehesachen s. § 579.

§ 133.

Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Übersetzung beigebracht werde.

Mot. S. 134. KPr. S. 54, 527.

1. Die Vorlage einer Urkunde kann angeordnet werden, wenn die Partei, die die Urkunde in Händen hat, sich in einem Schriftsatze oder in mündlicher Verhandlung darauf bezogen hat. Weiter geht HGB. Art. 79 Abs. 1, sofern dem Gerichte gestattet wird, die Vorlegung des Mäklertagebuches anzuordnen, auch wenn keine Partei sich darauf bezogen hat. Art. 79 Abs. 1 ist durch die PrO. nicht berührt (EG. § 13 Abs. 1), aber Abs. 2 des Art. 79 ist aufgehoben (EG. § 13 Abs. 2 Nr. 2).

2. Die Vorlage von Stammbäumen, Plänen, Rissen und sonstigen Zeichnungen kann angeordnet werden, ohne daß die Partei solche in Händen hat und ohne daß sie sich auf solche bezogen hat. Das Gericht kann also anordnen, daß die Partei Stammbäume, Pläne, Risse und dgl. Zeichnungen anfertigen lasse.

3. Abs. 3 bezieht sich auch auf die ohne gerichtliche Anordnung produzierten Urkunden. Ob das Gericht die Übersetzung für nötig erachtet oder nicht, ist Sache freien Ermessens [vgl. RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 436].

4. Eine Präjudiz ist auf Nichtbefolgung der gerichtlichen Anordnungen nicht gesetzt; es gelten die in Bem. Nr. 4 zu § 130 und Bem. Nr. 5 zu § 132 entwickelten Sätze: der

Digitized by Google

Richter hat bei Würdigung des Beweises nach freiem Ermessen zu entscheiden, welche Folgerungen aus der Nichtbefolgung der Anordnung zu ziehen sind.

5. Die in § 133 vorgesehenen Anordnungen können auf Antrag oder von Amtswegen getroffen werden. Sie sind Beschlüsse und nicht selbständig anfechtbar.

§ 134.

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien, die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

Mot. S. 134. KPr. 54, 527.

1. Das Gericht kann die Vorlage der die Verhandlung und Entscheidung betreffenden Handakten der Parteien (Haupt- und Nebenparteien), ihrer gesetzlichen Vertreter und ihrer Bevollmächtigten anordnen. Dazu gehören insbesondere die Schriftsätze, die Zustellungsurkunden, die formlosen Mitteilungen einer Partei an die andere, die Entscheidungen, nicht aber die zwischen einer Partei und ihrem Vertreter oder Bevollmächtigten gewechselten Schriftstücke, die Informationsnotizen u. dgl. Die Anordnung kann auf Antrag oder von Amtswegen erlassen werden. Sie ist Beschluß und nicht selbständig anfechtbar. Ein Rechtsnachteil ist auf Nichtbefolgung der nach § 134 ergehenden Anordnung nicht gesetzt; es gelten die in Bem. Nr. 4 § 130 und Bem. Nr. 5 zu § 132 entwickelten Sätze.

2. Die Beiziehung von Gerichtsakten kann nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag (§ 397) erfolgen. Vgl. KPr. S. 54.

§ 135.

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

Mot. S. 137. KPr. S. 54, 527.

1. Litteratur: Wach KrVJSchr. XIV S. 335 ff. und Vortr. S. 56 ff., 149 ff., Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 266 ff., Obermeyer d. L. v. d. Sachverständigen S. 72 ff., Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 264 ff., Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 476 u. Prozeß als RV. S. 28 ff., Langenbeck Ztschr. f. d. CPr. IV S. 485 ff., Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 325 ff., K. Schneider richterl. Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts S. 140 ff., Hellmann Lehrb. S. 304 f.

2. Die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige kann das Gericht von Amtswegen anordnen, um die Vorträge der Parteien besser zu verstehen oder um die Wahrheit oder Unwahrheit bestrittener Parteibehauptungen zu beurteilen. Das Gericht kann selbst gegen den Willen der Parteien eine solche Anordnung treffen [so auch Heusler, Kohler, Ude a. a. O., Gaupp I S. 287 f. AM. Wach a. a. O. (bezüglich des Augenscheins) und v. Kries Ztschr. f. StrRW. VI S. 200]; bezüglich des Beweises durch Augenschein und Sachverständige ist eben durch § 135 die Unabhängigkeit des Gerichts von den Wünschen der Parteien ausgesprochen. Ist auf dem bezeichneten Wege bessere Information oder die Ermittlung der Wahrheit oder Unwahrheit von bestrittenen Thatsachen zu erwarten, so hat das Gericht nicht bloß das Recht, sondern auch die Pflicht, den Augenschein oder die Begutachtung anzuordnen [vgl. Ude a. a. O. S. 329]; doch werden die Parteien durch § 135 ebensowenig der Beweispflicht ledig, als sie durch § 130 der Notwendigkeit überhoben werden, die zur Rechtsverfolgung oder Verteidigung nötigen Be-

Digitized by Google

hauptungen vorzubringen (s. Bem. Nr. 3 zu § 130); es kann daher die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Gericht von § 135 keinen Gebrauch gemacht habe, wenn nicht ein Rechtsirrtum über die Tragweite des § 135 unterlaufen ist. [Langenbeck a. a. O. läßt die Anordnungen des § 135 nur zur „Information über die Parteianträge" zu. Die Entstehungsgeschichte des § 135 — vgl. hann. Entw. § 140, 141, nordd. Entw. 314, 315, Entw. I — spricht gegen diese beschränkende Auslegung.] Thatsachen, die die Parteien nicht vorgetragen haben, darf der Richter nicht auf dem Wege des § 135 supplieren; wohl aber kann § 135 zur Ausübung des Fragerechts (§ 130) führen.

3. Die in § 135 vorgesehenen Anordnungen können erst nach mündlicher Verhandlung erfolgen; denn vorher kann das Gericht gar nicht wissen, ob und worüber es zum Streite kommt. Die Anordnungen sind Beschlüsse und nicht selbständig anfechtbar. Das Verfahren bei Einnahme des Augenscheins richtet sich nach §§ 336, 337, bei Anordnung der Begutachtung durch Sachverständige nach § 367 ff.

§ 136.

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

Mot. S. 29 ff., 134, 135. KPr. S. 54 f., 134 f., 527.

1. Litteratur zu §§ 136, 137: Schepers Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 749 ff., 859 ff., Wex Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 248 ff.; vgl. ferner die Citate unten in Bem. Nr. 5 litt. c.

2. Es ist zu unterscheiden zwischen der Anordnung, daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden (§ 136), und der Anordnung, daß die Verhandlung zunächst auf einen bestimmten Prozeßstoff zu beschränken sei (§ 137). Durch jene Anordnung wird der eine Prozeß in mehrere selbständige Prozesse zerlegt, die abgesehen von einer Wiedervereinigung (§ 141) zu mehreren Endurteilen führen. Bei der anderen Anordnung bleibt die Einheit des Prozesses gewahrt. Es entstehen innerhalb desselben Prozesses mehrere Verhandlungen über Teile des Prozeßstoffs, die, von der Möglichkeit späterer Teilurteile abgesehen, nach Umständen zu Zwischenurteilen (§ 275), stets aber zu einem Endurteile führen.

3. Daß mehrere Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden, kann angeordnet werden:

a) Wenn mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben wurden. Anspruch im Sinne des materiellen Rechts ist das subjektive Privatrecht, kraft dessen man von einem anderen eine Leistung (Thun oder Unterlassen) verlangen kann. In § 136 wie in den §§ 273, 277, 278, 293 ist aber unter Anspruch nicht bloß ein solches Recht, sondern auch das Recht auf ein Urteil verstanden, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder geändert werden, wie das bei Klagen auf Feststellung, auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe, auf Ehescheidung, auf Aufhebung einer Entmündigung u. s. w. der Fall ist. [Über den Begriff „Anspruch" s. Windscheid Pand. I § 43, Thon Rechtsnorm u. subj. Recht S. 224 ff., 257 ff., Bierling juristische Grundbegriffe II S. 39 ff., Leonhard Ztschr. f. d. CPr. XV S. 327 ff.]

Mehrere Ansprüche sind in einer Klage erhoben bei subjektiver Klagenhäufung oder Streitgenossenschaft (§§ 56, 57) und bei objektiver Klagenhäufung oder Klagenverbindung (§ 232). Die Trennung wäre zweckwidrig, wenn die mehreren Ansprüche nicht in dem

Digitized by Google

Sinne selbständig sind, daß die Entscheidung über den einen von der Entscheidung über den anderen unabhängig ist, also in den Fällen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft (§ 59). Möglich und nach Umständen auch zweckmäßig ist die Trennung, wenn der eine der Ansprüche für den andern präjudiziell ist; dann kann gleichzeitig auch die Aussetzung nach § 139 beschlossen werden.

Nach dem Gesetzesworte müßten die mehreren Ansprüche in einer Klage erhoben sein. § 136 ist aber auch anzuwenden, wenn zwar nicht schon in der Klage, wohl aber im Laufe des Prozesses mehrere trennbare Ansprüche geltend gemacht wurden.

b) Wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Die Ausdrücke „Gegenforderung" und „Forderung" sind im Sinne von Gegenanspruch und Anspruch zu verstehen, also nicht nur von Ansprüchen aus Schuldverhältnissen (Obligationen). Abgesehen davon, daß für Beschränkung des Trennungsrechts auf Ansprüche aus Schuldverhältnissen kein triftiger Grund zu finden wäre, so wird vielfach in der modernen Rechtssprache der Ausdruck Forderung, für jede Art von Anspruch gebraucht (vgl. CPrO. § 4, 240 Nr. 2, 279 Abs. 1, EG. § 14 Nr. 5), gleichwie der Ausdruck „Gläubiger" in der CPrO. für denjenigen, der aus einem Urteil etwas zu beanspruchen hat, ohne Rücksicht auf die Natur des Anspruchs verwendet wird. [Vgl. A. Förster Nr. 3, Fitting § 37 N. 2, 12, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 159 N. 206. AM. Struckm. Koch § 136 N. 3, Wilm. Levy § 136 N. 2, Gaupp I S. 291 bei N. 20, Petersen (2) S. 344 f., Schepers a. a. O. S. 755].

Der Beklagte kann einen Gegenanspruch vorbringen durch Widerklage oder durch Einrede.

Der durch Widerklage geltend gemachte Anspruch kann zur getrennten Verhandlung verwiesen werden, wenn er zwar mit einer Einrede, aber nicht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtlichem Zusammenhange steht. [Teilweise abweichend RG. 23. Febr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1171]. Über den Begriff des rechtlichen Zusammenhangs s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33. Die Widerklage, die weder mit der Klage noch mit einer Einrede in Zusammenhang steht, ist auf Antrag des Gegners wie angebracht abzuweisen; wenn aber der Widerbeklagte sich darauf einläßt, kann sie immer noch gemäß § 136 zur getrennten Verhandlung verwiesen werden (Bem. Nr. 3 litt. e g. E. zu § 33).

Durch Einrede wird die Gegenforderung vorgebracht, die aufgerechnet werden soll. Die materiellrechtliche Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung (Kompensation) ist durch die CPrO. in keiner Weise berührt. Bestimmungen des Civilrechts, die die Aufrechnung z. B. gegenüber der Forderung aus einer Hinterlegung (l. 11 pr. C. dep. 4, 34; l. 14 § 1 i. f. C. de compens. 4, 31; § 30 i. f. I. de act. 4, 6), gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes (l. 14 § 2 C. de compens. 4, 31), gegenüber gewissen Forderungen des Fiskus und der Stadtgemeinden (l. 46 § 5 D. de I. F. 49, 14; l. 3, 7 C. de compens. 4, 31; l. 20 D. de compens. 16, 2) für unstatthaft erklären, bestehen daher fort. Aus dem gleichen Grunde ist die materiellrechtliche Vorschrift des C. c. art. 1291 durch § 136 nicht beseitigt [vgl. Petersen (2) S. 246, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 37, RG. 11. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 93 S. 372]. — Dagegen ist l. 14 § 1 C. de compens. 4, 31, soweit dieses Gesetz die Verweisung der Kompensationsforderung ad separatum betrifft, durch § 136 Abs. 2 außer Kraft gesetzt; denn die l. cit. bestimmt nicht, daß die Liquidität der Gegenforderung materiellrechtliche Kompensationsbedingung sei [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 97 N. 3, RG. 13. Nov. 1885 XV Nr. 99 S. 376].

Digitized by Google

An der Stelle der in l. 14 § 1 cit. dem Richter gegebenen Anweisung, die Gegenforderung aus einem Prozesse hinauszuweisen, wenn deren Feststellung voraussichtlich eine Zeitdauer in Anspruch nähme, die zu der für die Feststellung der Forderung nötigen Zeit außer Verhältnis stände, ist die Ermächtigung getreten, nach freiem Ermessen die Trennung anzuordnen, wenn der rechtliche Zusammenhang fehlt. Das neue Recht bleibt insoferne hinter dem früheren zurück, als die dem Gerichte durch l. 14 § 1 cit. auch für illiquide konnexe Gegenforderungen eingeräumte (übrigens bestrittene s. Windscheid II § 350 N. 14, 15) Separationsbefugnis nicht mehr besteht. — Aufgehoben ist pr. ALG. I 16 §§ 359—362 [vgl. Wilm. Levy (6) N. 2 S. 226, Dernburg pr. PrR. II § 206, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 94, RG. 1. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 62 S. 254 ff.].

Auf Gegenansprüche, die zur Begründung einer Retentionseinrede (z. B. HGB. Art. 313 ff.) vorgebracht werden, bezieht sich der § 136 nicht. Die begründete Retentionseinrede führt zur bedingten Verurteilung des Beklagten; Bedingung ist die Befriedigung der durch das Retentionsrecht gesicherten Ansprüche des Beklagten. Schon dieses Verhältnis von Klaganspruch und Retentionsrecht steht der Trennung entgegen. Außerdem steht der durch Retentionsrecht gesicherte Anspruch regelmäßig in rechtlichem Zusammenhange mit dem Klaganspruch. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 3, Wilm. Levy (6) N. 2 S. 228, Gaupp I S. 292 bei N. 21, RG. 17. Jan. 1883 Entsch. XV Nr. 118 S. 421. AM. Petersen (2) S. 244 f., Langfeld Retentionsrecht S. 118 N. 10.]

4. Die Trennung kann in jedem Stadium des Prozesses, also auch noch in der zweiten Instanz [vgl. RG. 21./28. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 99 S. 414], aber nicht vor mündlicher Verhandlung beschlossen werden. Der Beschluß ist zu verkünden (§ 294 Abs. 1); er ist nicht selbständig anfechtbar, unterliegt aber der Prüfung des höheren Gerichts (§§ 473, 510). [Vgl. RG. 28. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1067. AM. bezüglich der Verweisung der Widerklage zum getrennten Prozesse: RG. 23. Febr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1171.]

5. Wirkung der Anordnung: a) Mehrere Ansprüche sollen in getrennten Prozessen verhandelt werden. Die Rechtshängigkeit dauert bezüglich aller Ansprüche fort. Die Zuständigkeit, die für die mehreren Ansprüche begründet war, wird durch die Trennung nicht berührt. Dies gilt sowohl von der sachlichen Zuständigkeit (vgl. § 5 Bem. Nr. 4) wie von dem Gerichtsstande (vgl. § 36 Nr. 3). Abgesehen von einer Wiedervereinigung (§ 141) berühren sich die gesonderten Prozesse nicht mehr. Die Revisionssumme ist für jeden Prozeß gesondert zu berechnen [RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 130 S. 417].

b) Der Klaganspruch und der Widerklaganspruch sollen in getrennten Prozessen verhandelt werden. Die Rechtshängigkeit dauert bezüglich beider Ansprüche fort. Die Zuständigkeit und der Gerichtsstand für die Widerklage wird durch die Trennung nicht berührt. Findet keine Wiedervereinigung (§ 141) statt, so berühren sich die Prozesse nicht mehr. Die Revisionssumme ist für jeden Prozeß gesondert zu berechnen.

c) Der Klaganspruch und der einredeweise geltend gemachte Gegenanspruch sollen in getrennten Prozessen verhandelt werden. Der Prozeß über den Klaganspruch bleibt rechtshängig. Was mit dem Gegenanspruche (der Gegenforderung) wird ist bestritten. Nach der Ansicht zahlreicher Schriftsteller [Struckm. Koch N. 5 und § 235 N. 3, Gaupp I S. 293, Puchelt I S. 389, v. Sarwey I S. 130, Hellmann Komm. I S. 438, II S. 27, 123 u. Lehrb. S. 457, Endemann II S. 23, Kleiner I S. 533 ff., II S. 32, 159, Wach Vortr. S. 104 f., Ude Ztschr. f. d. CPr. V S. 330 f., Schollmeyer die Kompensationseinrede im deutschen Reichszivilprozesse (darüber Bericht von L. Seuffert Kr. VJSchr. N. F.

Digitized by Google

VIII S. 472 ff.) und Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 222 ff., Osann Beitr. z. Behandl. d. Komp. Einrede (Gießen 1885), Wex Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 248 ff., Planck I § 54 N. 21, 22, Lippmann Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 80 ff., vgl. a. OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 317] soll die Gegenforderung durch das Geltendmachen zum Zwecke der Aufrechnung (Kompensation) rechtshängig geworden sein, woraus gefolgert wird, daß es zur Geltendmachung der Gegenforderung keiner neuen Klage, sondern nur einer neuen Ladung zur mündlichen Verhandlung bedürfe. Wie in diesem Prozesse entschieden sei, wenn die Gegenforderung besteht oder nicht besteht, darüber gehen die Ansichten der Anhänger der fortdauernden Rechtshängigkeit wieder auseinander. Während einige [Schollmeyer, Osann] die Gegenforderung als den Prozeßgegenstand betrachten, daher die Parteirollen umkehren und bei bestehender Gegenforderung den früheren Kläger zur Leistung verurteilen lassen, worauf er dann nach eingetretener Rechtskraft beantragen könne, daß die Klageforderung des ursprünglichen Prozesses als durch Aufrechnung aufgehoben erklärt werde, betrachten die anderen als Gegenstand des losgetrennten Prozesses die Kompensationseinrede und gelangen zu einem Nachprozesse über die vorbehaltene Verteidigung mit unveränderter Parteistellung, ähnlich dem Nachprozesse des Urkundenprozesses, eventuell zur Aufhebung des Urteils über die Forderung, nachträglichen Abweisung des Klägers und Verurteilung desselben zur Rückerstattung des etwa schon Empfangenen. Ohne die Rechtshängigkeit der zum Zwecke der Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung anzunehmen, vertreten andere Schriftsteller [Wilm. Levy (6) N. 1 zu § 136 S. 226 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 345 ff.] ebenfalls die Ansicht, daß der Prozeß sowohl bezüglich der Klageforderung wie bezüglich der Aufrechnungseinrede anhängig bleibe, daß ein vorangehendes Urteil. über die Forderung, wie die Urteile in den Fällen der §§ 503, 563, ein Urteil mit Vorbehalt der Einrede sei, daß in dem anhängig bleibenden Nachprozesse über diese Einrede zu entscheiden und je nach dem Ergebnisse der Verhandlung entweder das frühere Urteil zu bestätigen oder aufzuheben sei, und daß bei Aufhebung des Urteils der Kläger zur Rückerstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten verurteilt werden könne. Dieser Ansicht haben sich jetzt das Reichsgericht und das bay. ob. Landesgericht angeschlossen [RG. 13. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 99 S. 376, 11. Mai 1891 XXVII Nr. 72 S. 296 ff., 21./28. Okt. 1891 XXVIII Nr. 99 S. 414 ff., verein. CS. 10. April 1893 XXXI Nr. 1 S. 1 ff.; bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 202; diese Rechtsprechung wird von Kohler Ztschr. f. d. CPr. XX S. 1 ff. gebilligt], während die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts eine andere Richtung eingeschlagen hatte [vgl. Entsch. VI Nr. 123 S. 422, XVI Nr. 93 S. 272 ff., XVIII Nr. 95 S. 404, XXVII Nr. 72 S. 299]. In dem Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 ist eine neue Fassung der §§ 136, 274 geplant, worin das, was das Reichsgericht in seinen neueren Sprüchen als die richtige Auslegung der §§ 136, 274 annimmt, zum Ausdrucke gelangen soll.

Keine der bisher erwähnten Ansichten dürfte dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung entsprechen. Nach dem früheren gem. Rechte hatte die Verweisung einer illiquiden zur Kompensation vorgebrachten Gegenforderung ad separatum (s. o. Bem. Nr. 3 litt. b Abs. 4); zur Folge, daß der Prozeß, aus dem die Gegenforderung hinaus verwiesen wurde, ohne Rücksicht auf die Gegenforderung durchgeführt wurde, während dem Beklagten dieses Prozesses überlassen blieb, die Gegenforderung durch Klage geltend zu machen oder nach Zahlung der gegen ihn eingeklagten Forderung das Gezahlte zu kondizieren. Das eventuelle Rückforderungsrecht konnte durch Bürgen oder Pfandbestellung oder durch gerichtliche Hinterlegung sichergestellt werden [vgl. Wetzell Syst. S. 560 f., Krug Kompensation S. 226, 262 ff., 569; weitere Citate s. Petersen Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 111 N. 4]. Fortdauer

Digitized by Google

der Rechtshängigkeit hat niemand angenommen. Mit dieser Verweisung ad separatum ist die in § 136 Abs. 2 zugelassene Anordnung, daß die Gegenforderung in getrenntem Prozesse verhandelt werden solle, dem Wesen nach identisch, wie durch die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung bestätigt wird. [Vgl. nordd. Entw. § 316 Abs. 2, wo diese Anordnung zum ersten Mal in das Prozeßgesetz übernommen wird, nordd. Prot. S. 1964 f.] Mit dem § 136 Abs. 2 steht § 274 in Zusammenhang; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 274. Von einem Urteile mit Vorbehalt, wie es in den §§ 502, 503, 562, 563 für andere Fälle zugelassen ist, ist weder in den Prot. der nordd. Kommission noch in den Motiven die Rede. Diese Vorbehaltsurteile mit fortdauernder Rechtshängigkeit des Prozesses sind eine Erfindung des neueren Prozeßrechts. Im früheren gem. Prozeßrechte mußten auch die im summarischen Prozesse unzulässigen Einwendungen durch Klage geltend gemacht werden [vgl. Claproth summ. Proz. § 173 a. E., Mittermayer der gem. d. d. Prozeß 4. Beitr. 2. Aufl. S. 188, Bayer summ. Prozesse § 47 N. 13]. Diese neue Erfindung auf die Fälle der §§ 136 Abs. 2, 274 anzuwenden, ist umsoweniger zulässig, als die Ausdrucksweise dieser Gesetzesbestimmung von der der §§ 502, 503, 562, 563 ganz verschieden und eine den §§ 503, 563 entsprechende Bestimmung über Fortdauer der Rechtshängigkeit dort nicht erlassen ist. Aus diesen Gründen dürfte anzunehmen sein, daß die zur Kompensation vorgebrachte Gegenforderung nicht rechtshängig geworden ist, daher bei Anordnung getrennter Verhandlung nicht rechtshängig bleibt, und daß auch der Prozeß über die Forderung nach einem diese Forderung zuerkennenden rechtskräftigen Urteile nicht in Betreff der Einrede noch anhängig bleibt. Vielmehr hat die Trennung zur Folge, daß der Beklagte seine Gegenforderung (eventuell seinen Erstattungsanspruch) durch eine nach den allgemeinen Regeln zu erhebende Klage in dem für diese Klage bestehenden Gerichtsstande zu verfolgen hat. Erlangt der Kläger in diesem Prozesse die Verurteilung des Beklagten (d. i. des ursprünglichen Klägers), so kann er, wenn der Prozeß über die Forderung des ursprünglichen Klägers noch dazu Gelegenheit bietet, diese jetzt liquide Gegenforderung aufs neue zur Aufrechnung verwenden. Er kann zu diesem Zwecke seine Einrede in der mündlichen Verhandlung wiederholen, wenn noch eine solche Verhandlung in der ersten oder zweiten Instanz stattfindet; er kann eventuell Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung des ihn verurteilenden Erkenntnisses gemäß § 686 erheben. Zum Schutze gefährdeter Interessen kann er nach Umständen Arrest auf die Forderung des ursprünglichen Klägers erwirken (vgl. Mot. S. 135). [Dieser Ansicht folgen Petersen Komm. (2) S. 245, Ztschr. f. d. CPr. I S. 93 ff., IV S. 293 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1 ff., XXXI S. 535 ff., Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 742 u. pr. PrR. (5) I §§ 51, 94 N. 66; v. Bülow Komm. S. 91, 167; A. Förster § 136 N. 5 litt. c u. RG. 11. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 93 S. 372 ff. Die Rechtshängigkeit der Gegenforderung wird ferner verneint von Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 269, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 48, Schollmeyer Zwischenstreit S. 22, Weismann Hauptintervention S. 118 u. RG. 16. März 1882 Entsch. VI Nr. 123 S. 422, 20. Mai 1887 XVIII Nr. 95 S. 408, 11. Mai 1891 XXVII Nr. 72 S. 299.]

Die Verhandlung in getrennten Prozessen kann auch angeordnet werden, wenn die Einrede der Aufrechnung zulässiger Weise darauf gestützt wird, daß die Forderung durch das Gegenüberstehen der Forderung eines Dritten oder gegen einen Dritten gestützt wird, z. B. der Bürge kompensiert mit einer Gegenforderung des Hauptschuldners oder der debitor cessus kompensiert mit einer Gegenforderung gegen den Cedenten. Der Beklagte kann die Gegenforderung gegen den Kläger durch Klage geltend machen, auch wenn er nicht der Gläubiger oder der Beklagte nicht sein Schuldner ist, indem er das dem Kläger Geleistete kondiziert. [Daß die Trennung in diesen Fällen zulässig sei, nimmt auch das RG. 11. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 72 S. 296 an. Abw. frühere Aufl. dieses Komm.].

Digitized by Google

d) Ist eine Gegenforderung unter Bestreitung der in der Klage geltend gemachten Forderung durch Widerklage und zugleich für den Fall, daß die bestrittene Forderung als zu Recht bestehend erkannt würde, einredeweise zur Aufrechnung geltend gemacht, so ist der Prozeß über die Gegenforderung durch die Erhebung der Widerklage rechtshängig geworden und es gelten daher die unter litt. b vorgetragenen Sätze. [Über die verzwickten Konsequenzen, die sich für diesen Fall aus der vom Reichsgerichte angenommenen Ansicht in Bezug auf die Kompensationseinrede ergeben, s. Petersen Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 117 ff.]

6. Im Urkundenprozesse ist § 136 Abs. 2 nicht anwendbar; denn Widerklagen sind ausgeschlossen; illiquide Gegenforderungen halten die Verurteilung im Urkundenprozesse nicht auf; liquide Gegenforderungen aber ad separatum zu verweisen, liegt nicht im Sinne des § 136 [vgl. Stein Urkundenprozeß S. 169 f.].

§ 137.

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken ꝛc.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu beschränken sei.

Mot. S. 29 f., 134, 135. KPr. S. 54 f., 134 f., 527.

1. Vgl. die Bem. Nr. 1 und 2 zu § 136. Die dem Gerichte durch § 137 eingeräumte Befugnis wird von den Motiven S. 29 f., 134 aus der Mündlichkeit der Verhandlung und dem Bedürfnisse, die Übersichtlichkeit der Verhandlung zu wahren, begründet.

2. Über „Angriffs- und Verteidigungsmittel" und „selbständige" A.- u. V.M. s. Wach Vortr. S. 32 f. u. Handb. I S. 289 ff., Planck I S. 414 ff., Hellmann Lehrb. S. 310 ff., v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 813 und Komm. S. 84, Schepers Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 760 ff., Löning (Widerklage) Ztschr. f. d. CPr. IV S. 162 N. 211, Schollmeyer Zwischenstreit S. 31—64, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 425 ff., G. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 193 ff., v. Krämel Arch. f. c. Pr. LXVI S. 315, H. Meyer Ztsch. f. d. CPr. VII S. 303 ff. Im Gesetze ist der Ausdruck „A.- u. V.M." in verschiedenem Sinne gebraucht (die Nachweise s. b. Wach I S. 289 ff.]. In § 137 umfaßt der Ausdruck alles thatsächliche Vorbringen (Gegensatz: Rechtsdeduktionen), das die Parteien zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruchs oder der prozessualischen Geltendmachung des Anspruchs vorbringen, also auch Prozeßeinreden. Enger ist der Begriff „selbständige" A.- u. V.M. Selbständig sind die thatsächlichen Anführungen, über die ein von dem übrigen Prozeßstoffe relativ unabhängiges juristisches Urteil möglich ist, weil sie den Thatbestand einer Rechtsnorm ausfüllen. Beispiele: Das Gesetz knüpft an verschiedene Thatbestände die Rechtsfolge des Eigentumserwerbs; wird das Vorhandensein mehrerer solcher Thatbestände behauptet und bestritten, so kann die Verhandlung beschränkt werden auf eine Gruppe von wechselseitigen Anführungen, die sich auf einen der Thatbestände beziehen. Oder das Gesetz knüpft an die Thatbestände der Auftragserteilung und der Genehmigung die Rechtsfolge der obligatorischen Haftung des Mandanten oder Ratihabenten gegenüber dem Geschäftsführer; die Verhandlung kann, wenn beide Thatbestände behauptet und bestritten sind, zunächst beschränkt werden auf die Gruppe wechselseitiger Anführungen, die sich auf einen der Thatbestände z. B. die Auftragserteilung, beziehen. Ebenso steht es bei mehreren Einreden, Repliken ꝛc., z. B. Einrede der Zahlung, des Erlasses, der Verjährung, der Aufrechnung. Nicht minder gehören hierher die einzelnen Gruppen von wechselseitigen Anführungen, die sich auf die Anwendbarkeit prozessualischer Rechtsnormen, z. B. der Rechtsnormen über Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247), über Zulässigkeit und ordnungsmäßige Einlegung des

Digitized by Google

Einspruchs oder eines Rechtsmittels, über Zulässigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung ꝛc. beziehen.

Die Beschränkung nach § 137 kann auch beschlossen werden, wenn einem Angriffsmittel ein Verteidigungsmittel gegenübersteht und über beide Streit ist. Die Verhandlung kann zunächst auf das Angriffsmittel beschränkt werden.

Die Verhandlung kann nach § 137 auf ein selbständiges präjudizielles Angriffs- oder Verteidigungsmittel beschränkt werden, ohne Unterschied, ob Präjudizialklage erhoben ist oder nicht [vgl. Wach Vortr. S. 32, Schollmeyer a. a. O. S. 26 ff.]. Ist die Entscheidung über die Widerklage zugleich präjudiziell für den Vorprozeß, wie bei der Präjudizialinzidentwiderklage und bei der Widerklage, die einen eventuell auch zur Aufrechnung benützten Anspruch betrifft, so kann die Verhandlung auf den Widerklageprozeß beschränkt werden [vgl. Löning a. a. O. S. 162 N. 211]. Auf einen von mehreren vom Kläger geltend gemachten Ansprüchen kann die Verhandlung beschränkt werden, wenn die Entscheidung über einen der Ansprüche präjudiziell für den anderen ist oder wenn ein Anspruch primär, der andere nur eventuell geltend gemacht ist [vgl. Wach I S. 296].

Auch einzelne Beweisantretungen und Beweiseinreden können in dem angegebenen Sinne selbständig sein. Es kann z. B. die Verhandlung auf einen Editionsantrag beschränkt werden.

3. Die Beschränkung der Verhandlung kann in jedem Stadium des Prozesses, jedoch nicht vor mündlicher Verhandlung, angeordnet werden. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß. Ein Rechtsmittel findet nicht statt. Der Beschluß ist zu verkünden (§ 294).

4. Die Anordnung, daß die Verhandlung zunächst auf ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu beschränken sei, bewirkt, daß die Parteien in ihren mündlichen Vorträgen sich nur über den betreffenden Streitpunkt äußern dürfen und daß einstweilen nur über diesen Punkt Beweis erhoben wird. Der Vorsitzende hat nach § 127 darauf zu achten, daß die Anordnung befolgt werde. Nach der Durchführung der Verhandlung über den betreffenden Streitpunkt kann je nach Umständen ein Endurteil (§ 272), ein Teilurteil (§§ 273, 274), ein Zwischenurteil (§ 275) oder ein bedingtes End-, Teil-, Zwischenurteil (§§ 425, 426) oder ein Beweisbeschluß (§§ 324, 426 Abs. 2) erlassen, es kann aber auch ohne Urteil oder Beschluß weiter über die übrigen Streitpunkte verhandelt werden. Geschieht dieses, so tritt damit, auch ohne daß die Aufhebung des Beschränkungsbeschlusses ausdrücklich ausgesprochen wird, wieder die Einheit der Verhandlung für den gesamten Prozeßstoff ein; die Parteien können daher auch in Bezug auf den bereits durchverhandelten Streitpunkt neues Material, insbesondere neue Beweismittel vorbringen. Über die Wirkungen des Zwischenurteils, des bedingten Zwischenurteils und des auf Eidesleistung lautenden Beweisbeschlusses s. die Bemerkungen zu §§ 275, 289, 425, 426. — Ein Zwischenstreit unter den Parteien (vgl. Bem. 4 zu § 275) entsteht durch die Beschränkung der Verhandlung nicht (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 312); aber wenn ein Zwischenstreit unter den Parteien vorliegt, kann die Verhandlung zunächst darauf beschränkt werden.

5. Aus der Möglichkeit, auch nach der Beschränkung über den ganzen Prozeßstoff zu verhandeln, folgt, daß beim Ausbleiben einer Partei ein auf den ganzen Prozeß bezügliches Versäumnisurteil (§§ 295, 296) zu erlassen ist. Ein Versäumniszwischenurteil ist nur dann zu erlassen, wenn ein Zwischenstreit unter den Parteien vorliegt (s. Bem. Nr. 4 a. E.) und der Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt war (§ 312 Abs. 2).

Digitized by Google

§ 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

Mot. S. 80, 136. KPr. S. 55, 527.

1. Verbindung mehrerer Prozesse derselben Parteien. Voraussetzungen sind Anhängigkeit bei demselben Gerichte und alternativ entweder rechtlicher Zusammenhang oder die Möglichkeit der sog. objektiven Klagenhäufung. Wegen des Begriffs „rechtlicher Zusammenhang" s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33. Wegen der Möglichkeit der sog. objektiven Klagenhäufung s. § 232. Da an dieser Stelle nichts weiter als die Zuständigkeit desselben Gerichts und Zulässigkeit derselben Prozeßart gefordert wird, so möchte es scheinen, als ob die alternative Voraussetzung „rechtlicher Zusammenhang" in § 138 bedeutungslos wäre. Sie ist deswegen nicht, weil unter dieser Voraussetzung auch Prozesse, in denen dieselben Personen verschiedene Parteirollen haben, verbunden werden können.

2. Verbindung mehrerer Prozesse verschiedener Parteien. Voraussetzungen sind Anhängigkeit bei demselben Gerichte und alternativ entweder rechtlicher Zusammenhang (s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33) oder die Möglichkeit der Streitgenossenschaft (s. §§ 56, 57). Da nach § 57 einer Streitgenossenschaft (sog. subjektive Klagenhäufung) auch ohne rechtlichen Zusammenhang bei bloßer Gleichartigkeit der Ansprüche (s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 57) möglich ist, so ist das alternative Erfordernis „rechtlicher Zusammenhang" für Verbindung mehrerer Prozesse verschiedener Parteien nur insofern bedeutsam, als die Parteistellung die Vereinigung zur Streitgenossenschaft ausschließt.

3. Mehrere Prozesse, die bei verschiedenen Kammern (Senaten) desselben Gerichts anhängig sind, können verbunden werden. Die Verbindung eines Prozesses, der bei einer Civilkammer, mit einem Prozesse, der bei der Kammer für Handelssachen desselben Landgerichts anhängig ist, ist unzulässig, es wäre denn, daß die in GVG. §§ 103—106 bestimmten Voraussetzungen zu einer Verweisung von einer Kammer an die andere gegeben wären. Ausnahme s. Bem. Nr. 6.

4. Die Verbindung wird durch Beschluß angeordnet. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. Er ist stets zu verkünden (§ 294 Abs. 1). War bereits in beiden Prozessen Termin auf denselben Tag angesetzt, so kann auf den Verbindungsbeschluß die „gleichzeitige" Verhandlung folgen. Außerdem muß die Vereinigung auf einen Termin herbeigeführt werden. Dies kann entweder dadurch geschehen, daß in beiden Prozessen mit dem Verbindungsbeschlusse der gemeinsame Termin verkündet wird (§ 195), oder dadurch, daß in dem einen Prozesse mit dem Verbindungsbeschlusse ein neuer Termin verkündet wird, der mit dem bevorstehenden Termine des anderen Prozesses zusammenfällt, oder auch dadurch, daß, nachdem in einem Prozesse ein neuer Termin bereits verkündet ist, der zur Verhandlung des anderen Prozesses bestimmte Termin auf denselben Tag von Amtswegen verlegt wird. Die Verlegung des Termins erfolgt durch das Gericht (nicht den Vorsitzenden, dem die Zeitbestimmung verbleibt) und ist den Parteien von Amtswegen bekannt zu machen (§ 294 Abs. 3). Weder bei Verkündung der Termine noch bei Zustellung des Verlegungsbeschlusses bedarf es der Ladung oder der Einhaltung der Ladungsfrist; vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. b und Ziff. IV vor § 191. — Gegen den Verbindungsbeschluß ist kein Rechtsmittel zulässig; ebensowenig gegen Abweisung eines Antrags auf Verbindung [vgl. RG. 27. Juni 1889 Entsch. XXIV Nr. 79 S. 367].

Digitized by Google

5. Die Verbindung führt, wenn sie nicht nachträglich aufgehoben wird (§ 141), zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung. Eine Verschiebung der Zuständigkeit wird dadurch nicht herbeigeführt (s. Bem. Nr. 4 zu § 5); denn die Verbindung hat keine rückwirkende Kraft. Im übrigen aber treten die gleichen prozessualischen Verhältnisse ein, wie wenn die mehreren Prozesse schon bei der Klagerhebung verbunden worden wären [vgl. RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 95 S. 355]. Ist von den mehreren Prozessen einer vor den andern zur Endentscheidung gereift, so muß in diesem Prozesse Urteil erlassen werden (§ 272 Abs. 2). Dieses Urteil ist kein Teilurteil im Sinne des § 273, weshalb § 273 Abs. 2 hier nicht anwendbar ist. Mit dem Urteile ist die Verbindung aufgehoben. Sind die mehreren Prozesse gleichzeitig zum Endurteile gereift, so kann ein formell einheitliches Urteil erlassen werden, wenn nicht beliebt wird, bei der Urteilsfällung die Verbindung zu lösen. Eine Notwendigkeit, äußerlich gesonderte Urteile zu fällen [wie Gaupp I S. 300 im Widerspruche mit dem Gesetzestexte annimmt], besteht nicht. Den Parteien der mehreren Prozesse stehen auch gegen das einheitliche Urteil selbständige Rechtsmittel zu. Wird gegen ein formell einheitliches Urteil von einer Partei unter Ausführung mehrerer, wenn auch auf die verschiedenen Prozesse bezüglicher Beschwerden oder von mehreren Parteien gemeinsam die Revision ergriffen, so werden nach § 508 Abs. 2 vgl. mit § 5 die Beschwerdesummen zusammengerechnet. Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 5.

6. Geboten ist die Verbindung mehrerer Prozesse in HGB. Art. 190a Abs. 2, 222 und Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 49 Abs. 2, 105. Die in HGB. Art. 190a Abs. 2 gebotene Klagenverbindung ist auch in dem Falle zu beschließen, wenn eine der Klagen vor der Kammer für HS., die andere vor der Civilkammer zur Verhandlung gebracht wird, was nach GVG. § 102 möglich ist, obwohl die Klage zweifellos vor die K. f. HS. gehört; und zwar kann das Gericht die Verhandlung vor der einen oder der anderen Kammer anordnen, denn HGB. Art. 190a ist gegenüber dem GVG. die speziellere Rechtsnorm. — Die im HGB. und im Genoss.Gesetz gebotene Verbindung ist nur durchführbar, wenn die mehreren Prozesse in derselben Instanz anhängig sind. Die in HGB. Art. 190a Abs. 1 und im Genoss.Ges. § 49 Abs. 1 enthaltene Befristung des Klagerechts wird übrigens das Anhängigsein in verschiedenen Instanzen regelmäßig verhüten.

7. Nach Art. 52 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr (RGBl. 1892 S. 793) ist die Verbindung des Rückgriffverfahrens (Art. 47) mit dem Entschädigungsverfahren unzulässig.

§ 139.

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teile von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Aussetzung wegen Präjudizialität eines den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildenden Rechtsverhältnisses. Voraussetzungen: a) Ein Rechtsverhältnis muß für den auszusetzenden Rechtsstreit in dem Sinne präjudiziell sein, daß die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erfolgen kann, ohne daß in den Entscheidungsgründen eine Entscheidung über jenes Rechtsverhältnis getroffen wird. [Dies wäre der richtige Entscheidungsgrund für die Entsch. d. RG. 16. März 1891 SA.

Digitized by Google

XLVII Nr. 158]. Nicht notwendig ist, daß die Entscheidung in dem anderen Rechtsstreite für die Parteien des auszusetzenden Prozesses Rechtskraft begründe; die vorangegangene Entscheidung, wenn sie auch den Richter und die Parteien nicht bindet, kann für die Entscheidung des anderen Prozesses Beweisgrund sein; vgl. Bem. Nr. 3 III litt. b zu § 63, ferner Planck Mehrheit der Rechtsstr. S. 179 f. und Wetzell Syst. § 64 N. 40, 41. b) Ist über dasselbe Rechtsverhältnis schon ein anderer Rechtsstreit unter den Parteien anhängig, dann ist die sog. Einrede der Rechtshängigkeit begründet, und wenn diese geltend gemacht wird, dann ist keine Aussetzung zulässig. [Vgl. RG. 11. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 113 S. 403, 28. März 1890 XXVI Nr. 74 S. 369 f.] Wird jedoch die Einrede nicht geltend gemacht, und hat das Gericht die Rechtshängigkeit nicht von Amtswegen zu beachten (darüber vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. I litt. h zu § 235), so kann es die Aussetzung beschließen. [Vgl. Planck I S. 275, Gaupp I S. 302 bei N. 15]. Zulässig ist die Aussetzung, wenn ein in dem auszusetzenden Prozesse verteidigungsweise geltend gemachtes Rechtsverhältnis mit dem in einem anderen Prozesse klageweise geltend gemachten Rechtsverhältnisse identisch ist [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 489, VII S. 98]. Über die Frage, ob eine rechtshängige Forderung noch zur Aufrechnung verwendet werden kann, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 235. Ist die Verwendung einer rechtshängigen Forderung zur Aufrechnung zulässig, so ist die Aussetzung wegen Präjudizialität des anderen Prozesses möglich. c) Es muß ein Rechtsstreit über das präjudizielle Rechtsverhältnis schon und noch bei einem Gerichte — ordentlichem oder besonderem, staatlichem oder Schiedsgericht [vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 61] — anhängig sein. — Über Beginn und Ende der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 61. Nicht notwendig ist, daß die Parteien des anderen Rechtsstreits mit den Parteien des Rechtsstreits, in dem die Aussetzung beschlossen wird, identisch seien.

Die Aussetzung ist fakultativ. Das Gericht ist durch die Rechtshängigkeit des Präjudizialpunktes nicht gehindert, den präjudizierten Prozeß durchzuführen und über den Präjudizialpunkt in den Entscheidungsgründen sich schlüssig zu machen. Die in dem zweiten Prozesse erhobene Präjudizialklage müßte auf Verlangen des Gegners wegen Rechtshängigkeit des Präjudizialverhältnisses durch absolutio ab instantia zurückgewiesen werden [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 46 N. 2, RG. 11. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 113 S. 403, Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 74 ff.]. Wird zufolge der Aussetzung die Entscheidung des früher anhängigen Prozesses abgewartet, so ist diese Entscheidung des Präjudizialpunktes für die Parteien und das Gericht nur bindend, wenn sie für die Parteien des ausgesetzten Prozesses die Wirkungen der Rechtskraft hat. Außerdem steht im richterlichen Ermessen, welche Bedeutung ihr im zweiten Prozesse beigelegt werden will.

Der Satz des gemeinen Prozeßrechts: „Per minorem causam maiori cognitioni praeiudicium fieri non oportet“ (l. 54 D. de iudic. 5, 1) nebst den einzelnen Normen, darüber, was maior causa sei (z. B. l. 12 pr. C. de H. P. 3, 21; l. 2 § 5 D. de H. P. 5, 3; l. 24 § 4 D. de lib. causa 40, 12; l. 5, 6 C. de ord. cogn. 7, 19; l. 21 D. de except. 44, 1) ist durch die Prozeßordnung beseitigt, da diese keinen Zwang zur Aussetzung der minor causa kennt [vgl. RG. Entsch. V Nr. 101 S. 375]. Dagegen dürfte die nach dem gemeinen Rechte in gewissen Fällen gestattete sog. exceptio praeiudicii (exc. quod praeiudicium hereditati fundove non fiat), die nicht zur Aussetzung, sondern zur Abweisung der angebrachten Klage führt, als eine materiellrechtliche Vorschrift über Klagenkonkurrenz durch die CPrO. nicht berührt sein. [Vgl. Wetzell § 64 bei N. 43, Planck Mehrheit der Rechtsstr. §§ 56—63, Bülow Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen S. 161 bis 236, Planck in Kr.VJSchr. XI S. 160 ff. besonders S. 188, Gaupp I S. 301 bei N. 12. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 411.]

Digitized by Google

2. Aussetzung wegen Präjudizialität eines von einer Verwaltungsbehörde festzustellenden Rechtsverhältnisses. Über Präjudizialverhältnis vgl. Bem. Nr. 1. Welche Rechtsverhältnisse von einer Verwaltungsbehörde festzustellen sind, ist nach Reichs- und Landesrecht zu beurteilen. [Vgl. die besonders auf Bayern Rücksicht nehmende Erörterung von Hauser Ztschr. f. R. u. VR. IV S. 241 ff.] Daß ein Verfahren über das präjudizielle Rechtsverhältnis bei der Verwaltungsbehörde schon begonnen habe, ist zur Aussetzung nicht erforderlich.

Die CPrO. nötigt nicht zur Aussetzung, sondern stellt sie in das richterliche Ermessen. Es besteht kein prozeßrechtliches Hindernis dagegen, daß das Gericht ohne Aussetzung den Prozeß fortsetze und über die dem öffentlichen Rechte angehörige Vorfrage entscheide. Andererseits darf aus § 139 nicht gefolgert werden, daß die CPrO. den Gerichten die Zuständigkeit zur Entscheidung präjudizieller Verwaltungsfragen unabhängig von den Landesgesetzen gewähre. [Von dieser irrtümlichen Ansicht ist Hauser a. a. O. S. 257 nicht frei. Dagegen Wach I S. 87 bei N. 22.] Ob die Gerichte dazu befugt sind, ist nach dem Landesrechte zu beurteilen. Haben sie diese Befugnis nicht (so im allgem. nach dem franz. Verwaltungsrecht in Elsaß-Lothr.), so müssen sie den präjudizierten Rechtsstreit aussetzen; aber diese Notwendigkeit ergiebt sich nicht aus der CPrO., sondern aus dem betr. Landesrechte. Ist den Gerichten die Befugnis zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Präjudizialpunkte landesrechtlich nicht entzogen, so können sie immer noch die Aussetzung nach § 139 beschließen, sind aber dazu nicht genötigt. Beschließt das Gericht die Aussetzung, so ist damit noch nicht entschieden, daß es sich an die Entscheidung der Verwaltung binde. Ob es daran gebunden ist, ist eine nach dem öffentlichen Rechte zu beantwortende Frage. Es ist davon auszugehen, daß die Gerichte nicht gebunden sind, wenn kein Reichs- oder Landesgesetz die Gebundenheit ausspricht. Entscheidet das Gericht eine öffentlich-rechtliche Vorfrage, so ist die gerichtliche Entscheidung darüber für die Verwaltungsbehörden nicht bindend.

Nicht Aussetzung des Prozesses, sondern Abweisung der Klage erfolgt, wenn nach Vorschriften des Reichs- oder des Landesrechts vor Betretung des Rechtswegs die Verwaltungsbehörden angegangen werden müssen und diesen Vorschriften vor Erhebung der Klage nicht entsprochen ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die vor Betretung des Rechtswegs zu erholende Entscheidung oder Anordnung der Verwaltungsbehörde das Gericht bindet oder nicht. Reichsgesetzliche Vorschriften, die die Betretung des Rechtswegs von der vorherigen Angehung einer Verwaltungsbehörde abhängig machen, sind enthalten in RG. v. 27. Juni 1871 betr. die Pensionierung ꝛc. von Militärpersonen (RGBl. S. 275) §§ 113, 114; RG. v. 21. Dez. 1871 betr. d. Beschr. d. Grundeigent. in d. Umg. v. Festungen (RGBl. S. 459) §§ 40—42; Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) §§ 46, 105, 106; Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) §§ 134—147, 149, 150, 155; Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73) §§ 36—40; RG. v. 15. Juni 1883 betr. die Krankenversich. d. Arb. (RGBl. S. 73) § 58; Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juni 1884 (RGBl. S. 72) § 5 Abs. 11; RGew.Ordn. §§ 97 Nr. 4, 97a Nr. 6, 100e Nr. 1, 100i in Verb. m. § 79 des RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141). Derartige Vorschriften preußischer Gesetze s. Wilm. Levy (6) S. 233 f. Nach dem bay. AG. z. CPrO. Art. 2 ist die Betretung des Rechtswegs gegen den Fiskus erst gestattet, nachdem die Verwaltungsbehörde vergeblich um Abhülfe angegangen ist.

3. Die Aussetzung kann auf Antrag oder von Amtswegen, aber nur nach mündlicher Verhandlung beschlossen werden. Folglich kann auch der Antrag nur in mündlicher Verhandlung gestellt und nur nach mündlicher Verhandlung abgewiesen werden. Die Ent-

Digitized by Google

scheidung ohne mündliche Verhandlung ist hier nicht, wie in § 225 Abs. 2 für die Fälle der §§ 223, 224, zugelassen und paßt auch für die Aussetzung auf Grund der §§ 139, 140 ebenso wenig, wie für die Aussetzung nach § 62 oder § 580, weil der Prozeßgegenstand sich erst aus der mündlichen Verhandlung definitiv ergiebt und folglich ohne mündliche Verhandlung gar nicht beurteilt werden kann, ob die Entscheidung von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines anderen Rechtsverhältnisses abhängt und ob die Ermittelung der strafbaren Handlung für die Entscheidung von Einfluß ist. [Ebenso Gaupp I S. 302, 429, Planck I S. 520. Dagegen nehmen Struckm. Koch N. 1 zu §§ 139, 140, Wilm. Levy N. 1 zu § 139, Petersen (2) zu § 140 und das RG. 31. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 101 S. 383 an, daß die Vorschrift des § 225 Abs. 2 auch für die Aussetzung nach §§ 139, 140 gelte und daß daher die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung möglich sei.] Auf Grund des § 229 findet gegen den Aussetzungsbeschluß die Beschwerde, gegen Abweisung des Antrags auf Aussetzung die sofortige Beschwerde statt [RG. 9. Juli 1884 Entsch. XV Nr. 123 S. 427, 7. März 1887 XVIII Nr. 39 S. 188, 1. Febr. 1892 XXIX Nr. 88 S. 341]. Die Beschwerde kann keinen Erfolg mehr haben, wenn der Prozeß durch ein, wenn auch noch anfechtbares, Urteil in der Instanz beendigt ist [RG. 1. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 88 S. 340]. In der Revisionsinstanz ist § 139 nicht mehr anwendbar, weil das Revisionsgericht nur darüber zu entscheiden hat, ob eine Rechtsnorm verletzt ist [RG. 19. Okt. 1893 SA. XLIX Nr. 204.] Bei der Möglichkeit, zu einem Teilurteile zu gelangen, kann die Verhandlung teilweise ausgesetzt werden [RG. 19. Sept. 1889 Entsch. XXIV Nr. 83 S. 382]. Wegen Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses s. § 141 Bem. Nr. 4; wegen Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens s. § 227.

§ 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Der Verdacht der strafbaren Handlung kann gegen eine Partei, einen Zeugen, Sachverständigen oder auch gegen eine bei dem Prozesse nicht beteiligte Person, z. B. den Rechtsvorgänger des Klägers, gerichtet sein. Die Aussetzung ist insbesondere dann am Platze, wenn sich der Verdacht ergiebt, daß eine Partei oder ein Zeuge einen falschen Eid geschworen habe. Daß schon ein Strafverfahren eingeleitet sei, ist nicht erforderlich. Das aussetzende Gericht muß den Verdacht haben; es genügt nicht, daß eine Partei einen solchen Verdacht äußert [vgl. RG. 9. Juli 1884 Entsch. XV Nr. 123 S. 427].

2. Das Strafverfahren ist nicht bloß dann erledigt, wenn ein Strafverfahren durch Einstellung (StPrO. §§ 168, 196) oder rechtskräftiges Endurteil (StPrO. § 259) oder Zurücknahme der Privatklage (StPrO. § 431) oder wegen Todes des Privatklägers (StPrO. § 433) beendigt worden ist, sondern auch wenn die Staatsanwaltschaft ohne Einleitung eines vorbereitenden Verfahrens einem bei ihr angebrachten Antrage auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge giebt (StPrO. § 169). — Der Ausgang des Strafverfahrens bindet das Civilgericht nicht. Vgl. EG. § 14 Nr. 1 und die Bemerkungen dazu.

3. Auf den Aussetzungsbeschluß, dessen Aufhebung und die Aufnahme des Verfahrens findet Bem. Nr. 3 zu § 139 entsprechende Anwendung. Hat das Gericht die Aussetzung beschlossen, so kann es die Akten der Staatsanwaltschaft übersenden. — In der Revisionsinstanz kann die Aussetzung des Verfahrens nicht mehr beantragt werden [RG. 17. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 92 S. 365].

Digitized by Google

4. Im Urkunden- und im Wechselprozesse ist § 140 anwendbar. [Vgl. Stein Urkundenprozeß S. 171 f., RG. 5. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 100 S. 377.]

§ 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

1. Die nach § 136 beschlossene Trennung kann nur aufgehoben werden, wenn die getrennten Prozesse noch bei demselben Gerichte in der gleichen Instanz anhängig sind. Wird die zum getrennten Prozesse verwiesene Gegenforderung (§ 136 Abs. 2) nicht oder bei einem anderen Gerichte eingeklagt, so ist die Aufhebung nicht möglich. Die Wirkung der Aufhebung ist gleich der einer Verbindung; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 138. Die Aufhebung erfolgt nach mündlicher Verhandlung, von Amtswegen oder auf Antrag, durch Beschluß. Dieser ist zu verkünden, er ist nicht selbständig anfechtbar. Zur Herbeiführung der einheitlichen Verhandlung ist zu verfahren, wie nach dem Verbindungsbeschlusse (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 138).

2. Die nach § 137 ergangene Anordnung ist in § 141 wohl unter Anordnung einer Trennung begriffen. Jedenfalls kann das Gericht auch eine solche prozeßleitende Anordnung durch Beschluß wieder aufheben. Von dem Beschlusse gilt das in Bem. Nr. 1 Gesagte.

3. Die nach § 138 beschlossene Verbindung kann nach mündlicher Verhandlung, von Amtswegen oder auf Antrag durch Beschluß aufgehoben werden. Von dem Beschlusse gilt das in Bem. Nr. 1 Gesagte.

4. Die nach § 139 oder § 140 beschlossene Aussetzung kann von Amtswegen oder auf Antrag aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch einen beiden Parteien zuzustellenden Beschluß. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 4. AM. A. Förster N. 1c, der im Anschlusse an die 2. und 3. Aufl. dieses Komm. stets die Aufnahme des Prozesses durch die von einer Partei ausgehende Ladung des Gegners und mündliche Verhandlung verlangt; teilweise auch Planck I S. 553 und Gaupp I S. 306, die eine Ladung und mündliche Verhandlung dann für nötig halten, wenn die Aufhebung von der Partei beantragt und auf neues Vorbringen gestützt wird.] Nach Zustellung des Aufhebungsbeschlusses kann jede Partei um Terminsbestimmung nachsuchen und den Gegner laden. Von Amtswegen findet weder Ladung noch Terminsbestimmung statt. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 306, Fischer in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 673. AM. Struckm. Koch N. 2 auf Grund einer unrichtigen Äußerung in den Mot. S. 158]. Gegen Aufhebung der Aussetzung findet nach Analogie des § 229 sofortige, gegen die Abweisung eines Antrags auf Aufhebung der Aussetzung einfache Beschwerde statt; denn in der Wirkung läuft die gegen den Willen einer Partei erfolgende Aufhebung der Aussetzung auf Ablehnung eines Aussetzungsantrags, die Abweisung eines die Fortsetzung des Prozesses bezweckenden Antrags aber auf weitere Aussetzung hinaus.

Was von der Aufhebung der nach §§ 139, 140 verordneten Aussetzung gesagt ist, findet auf die Aufhebung einer nach §§ 62, 224 verordneten Aussetzung entsprechende Anwendung, weil auch in diesen Fällen nur eine prozeßleitende, dem Ermessen des Gerichts anheimgegebene Anordnung vorliegt. Anders steht die Sache bei der obligatorischen Aussetzung nach § 223. Diese kann nur nach § 227 beendet werden [vgl. Planck I S. 523].

§ 142.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

Mot. S. 136. KPr. S. 55, 527.

Digitized by Google

1. Über Schluß der Verhandlung s. § 127 Abs. 4. Anlässe zur Wiedereröffnung s. Bem. Nr. 3 zu § 119, Bem. Nr. 4 zu § 258. Die Wiedereröffnung wird von Amtswegen beschlossen; die Partei kann nur durch das Verlangen der Wiedereröffnung den Offizialbeschluß anregen. Die Partei hat kein Recht darauf, daß zur Nachholung eines versäumten Rechtsbehelfs die Wiedereröffnung angeordnet werde [vgl. RG. 15. Jan. 1886 SA. XLI Nr. 231, 26. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 103 S. 417]. Der Beschluß ist zu verkünden (§ 294 Abs. 1). In dem Beschlusse ist der Termin zu bestimmen. Einer Ladung bedarf es nicht (§ 195), daher auch keiner Einhaltung der Ladungsfrist (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191). Es steht nichts im Wege, daß zur Verhandlung Termin auf sofort bestimmt wird. Natürlich kann der Vorsitzende auch den Termin auf spätere Zeit ansetzen. In dem neuen Verhandlungstermine kann ein Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei ergehen. Dies ist sogar dann möglich, wenn der Termin, worin der Wiedereröffnungsbeschluß verkündet und der neue Verhandlungstermin auf sofort bestimmt wurde, ursprünglich bloß zur Urteilsverkündung bestimmt war; denn wenn keine Ladung zu dem neuen Verhandlungstermine nötig ist, so ist schlechterdings kein Grund zu finden, warum die Versäumnisfolgen nur in dem auf morgen oder über acht Tage bestimmten Termine, nicht aber in dem auf heute bestimmten eintreten könnten. Aber der Vorsitzende wird vermöge der ihm zustehenden Freiheit bei Bestimmung der Terminszeit billigerweise darauf Rücksicht nehmen, daß nicht durch Bestimmung eines zu naheliegenden Termins eine Partei auf Kosten der anderen prozessualische Vorteile erreiche. Sind in dem Termine zur Fortsetzung der Verhandlung beide Parteien nicht erschienen, so ruht das Verfahren (§ 228). Die Mot. S. 158 f. bemerken, daß bei Wiedereröffnung des Verfahrens von Amtswegen der Verhandlungstermin, der nicht schon verkündet sei, den Parteien durch Zustellung des Beschlusses von Amtswegen bekannt gemacht werde. Ohne grobes Versehen des Vorsitzenden kann aber der Wiedereröffnungsbeschluß ohne Terminsbestimmung nicht verkündet werden. [Abweichende Meinungen über die Notwendigkeit der Ladung und der Einhaltung der Ladungsfrist sowie über die Zulässigkeit des Versäumnisverfahrens s. bei Struckm. Koch Note zu § 142 und N. 1 zu § 195, Wilm. Levy N. 2 zu § 142 und N. 1 zu § 195, Gaupp I S. 307 f., Troll Vers.Urteil S. 15.] — Gegen die Ablehnung eines Antrags auf Wiedereröffnung findet kein Rechtsmittel statt.

2. Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von neuem eröffnet wird, so daß sich die wiedereröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als diejenigen, die zur Wiedereröffnung Anlaß gegeben haben (vgl. nordd. Prot. I S. 305, 306). Es können also neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, soweit sie vorher noch zulässig waren, in der neuen Verhandlung geltend gemacht werden.

§ 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

Mot. S. 136, 137. KPr. S. 55, 527.

Digitized by Google

1. Abs. 1 bezieht sich auf Parteien ꝛc., mit denen wegen Sprachfehlers (z. B. Stotterns) oder Trunkenheit oder weil sie so verwirrt sind, daß aus ihnen nicht herauszubringen ist, was sie eigentlich wollen, nicht verhandelt werden kann. Wegen Unkenntnis der deutschen Sprache kann der Vortrag nicht untersagt werden. Für diesen Fall trifft GVG. §§ 187, 189 Abs. 2 Vorkehrung (vgl. Sten. Ber. über die 11. Sitzung d. RT. v. 18. Nov. 1876 S. 173 f.). Wegen Verhandlung mit Tauben oder Stummen s. GVG. §§ 188, 189.

2. Abs. 2 soll die Winkeladvokatur verhindern. Dem Gericht die Zurückweisung zur Pflicht zu machen, wurde abgelehnt (KPr. S. 55); aber das Gericht wird gut thun, die Vorschrift mit Strenge zu handhaben. Der Ausdruck „geschäftsmäßig" ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zu verstehen; der Nachweis der Honorierung braucht nicht geführt zu werden (Mot. S. 137). Die Untersagung der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach Gew.Ord. § 35 wird einerseits zur Anwendung des § 143 Abs. 2 nicht vorausgesetzt und nötigt andererseits das Gericht nicht, den Betreffenden zurückzuweisen, wird aber immerhin für das Gericht beachtlich sein.

3. Zu Abs. 1 bis 3: Die Untersagung weiteren Vortrags und die Zurückweisung eines Bevollmächtigten oder Beistandes ist von Amtswegen vom Gerichte (nicht vom Vorsitzenden) zu beschließen. Der Beschluß kann nur nach Beginn einer mündlichen Verhandlung gefaßt werden und ist zu verkünden. Der Beschluß ist unanfechtbar (vgl. §§ 473, 510), kann aber von dem Gerichte selbst zurückgenommen werden.

4. Zu Abs. 4: Nach RAO. § 25 findet Abs. 1 und 2 des § 143 keine Anwendung auf Stellvertreter von Rechtsanwälten im Sinne der RAO. § 25 Abs. 1 und auf die im Justizdienste befindlichen Rechtskundigen, die mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt worden sind (GVG. § 2), wenn sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist, oder wenn sie unter Beistand des Rechtsanwalts die Vertretung der Parteirechte übernehmen. Übrigens kann auch in den nicht speziell ausgenommenen Fällen die Zurückweisung eines rechtskundigen Vertreters eines Anwalts aus Abs. 2 des § 143 nicht wohl begründet werden, weil die Geschäftsmäßigkeit nicht zutrifft, während Abs. 1 des § 143 allerdings auf solche Vertreter anwendbar ist [vgl. Völk RAO. S. 52 f.]. — Auf Gerichtsvollzieher ist § 143 anwendbar.

§ 144.

Ist eine bei der Verhandlung beteiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Untersagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

Mot. S. 137. KPr. S. 55, 527.

1. Nach GVG. § 178 können Parteien sowie Bevollmächtigte und Beistände, ferner Zeugen und Sachverständige, die den zur Aufrechthaltung der Ordnung erlassenen Befehlen nicht gehorchen, aus dem Sitzungszimmer oder von dem sonstigen Orte der Verhandlung entfernt werden. Auf Rechtsanwälte ist GVG. § 178 nicht anwendbar (arg. GVG. § 180; vgl. KPr. z. GVG. S. 38 und 688).

2. Über die Folgen der Entfernung einer Partei oder ihres Bevollmächtigten bemerken die Motive S. 137:

Digitized by Google

„Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht. In dem ersteren Falle ist sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urteil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachteile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurteile ihrem Vorbringen Schranken setzen (s. hannov. Prot. XIV S. 5054, 5055). — In dem letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§ 298), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen. Wann aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, läßt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln." Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298.

3. Die Entfernung eines Beistandes kann Rechtsnachteile zur Sache nicht zur Folge haben. Die Entfernung eines Zeugen oder Sachverständigen kann zur Folge haben, daß gegen ihn wie gegen einen nicht erschienenen Zeugen oder Sachverständigen verfahren wird.

4. In den Fällen des § 143 treten die Folgen der partiellen und der totalen Versäumnis erst ein, wenn die Verhandlung schon einmal wegen Untersagung des Vortrags oder wegen Zurückweisung eines Bevollmächtigten (nicht, wenn aus einem anderen Grunde) vertagt wurde. Die Versäumnisfolgen treten nicht ein, wenn in einem früheren Termine der Partei der Vortrag untersagt und in dem späteren ein Bevollmächtigter zurückgewiesen wurde (und umgekehrt) oder wenn in dem früheren Termine der Bevollmächtigte A, in dem späteren der Bevollmächtigte B zurückgewiesen wurde.

§ 145.

Über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

1) **den Ort und den Tag der Verhandlung;**
2) **die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;**
3) **die Bezeichnung des Rechtsstreits;**
4) **die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;**
5) **die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist.**

Mot. S. 137. KPr. S. 55, 527.

1. Litteratur: H. Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 303 ff. und „Protokoll u. Urteil" (Berlin 1885), Kleinfeller die Funktionen des Vorsitzenden S. 68 ff.

2. Die Vorschriften der §§ 145—150 gelten für das über die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte aufzunehmende Protokoll (Sitzungsprotokoll). Sie werden ergänzt durch die §§ 129, 269, 270, 284, 285, 380, 384, 470. Über die Protokollierung der Verhandlungen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter s. § 151. Über Protokolle der Gerichtsvollzieher s. §§ 682, 683, 727. Außerdem kommen prototollarische Aufnahmen durch Gerichtsschreiber vor (s. Bem. Nr. 4 zu § 74); über deren Form und Inhalt sind keine allgemeinen Vorschriften erlassen.

3. § 145 enthält die Vorschriften über Form und Einleitung der Protokolle. Eine Verletzung dieser Vorschriften hat zwar auf die Gültigkeit der Verhandlung keinen Einfluß,

Digitized by Google

kann jedoch die Beweiskraft des Protokolls für eine spätere Verhandlung in Frage stellen. Vgl. §§ 150, 380.

4. Das Protokoll ist für jede einzelne Sache gesondert zu errichten und zu den Gerichtsakten zu nehmen.

§ 146.

Der Gang der Verhandlung ist nur im allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

1) die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird;
2) die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
3) die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
4) das Ergebnis eines Augenscheins;
5) die Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
6) die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

Mot. S. 22—24, 137. KPr. S. 55—57, 152, 527, 664.

1. Das Protokoll soll von dem Gerichtsschreiber selbständig abgefaßt werden; dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß einzelne Feststellungen von dem Richter oder den Parteien diktiert werden (KPr. S. 152). Bei der Feststellung des Ergebnisses eines Augenscheins, wo es auf die persönliche Wahrnehmung des Richters selbst ankommt, muß diese Wahrnehmung dem Gerichtsschreiber bekannt gegeben werden; ein Diktieren ist auch hier nicht absolut nötig. Daß das Protokoll nur während der Verhandlung, nicht etwa nachträglich auf Grund von Notizen, abgefaßt werden kann, folgt aus § 148. — Die zu protokollierenden Akte sind in der Reihenfolge, wie sie sich ereigneten, in dem Protokolle aufzuführen [vgl. RG. 19. Okt. 1885 Entsch. XIV Nr. 108 S. 385].

2. Zu Nr. 1: Anerkenntnisse s. § 278. Verzichtleistungen s. § 277. Über Bedeutung der Protokollierung s. Bem. Nr. 5 zu § 278 und Bem. Nr. 5 zu § 277. Der protokollierte Vergleich ist Vollstreckungstitel s. § 702 Nr. 1. Über den Beweis eines nichtprotokollierten Vergleichs vgl. RG. in Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1102.

3. Zu Nr. 2: Feststellung von Anträgen und Erklärungen, wozu auch gerichtliche Geständnisse (§ 261) gehören, ist vorgeschrieben in §§ 269, 270, 315, 470 und zwar hat diese Feststellung teils auf Antrag (§ 270), teils von Amtswegen zu geschehen (§§ 269, 315, 470). Die in Abs. 3 des § 146 zugelassene Feststellung durch Anlagen zum Protokoll ist in den Fällen der §§ 269, 270 der allein statthafte Feststellungsmodus; in anderen Fällen kann die Abgabe eines Schriftsatzes als Protokollanlage zugelassen werden. Verlesung der Anlagen ist nicht geboten; es genügt, wenn sie mit dem Protokolle zur Durchsicht vorgelegt werden (arg. § 148); vgl. Bem. Nr. 3 zu 270.

4. Zu Nr. 3: Abgesehen von § 147 dürfen nicht protokollierte Aussagen nicht im Urteile berücksichtigt werden. Stimmt das Protokoll nicht mit dem, was in den Entscheidungsgründen als Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen angeführt ist, so ist die Revision begründet [RG. 21. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 116 S. 418 ff.].

5. Zu Nr. 4: Bem. Nr. 3 gilt in entsprechender Anwendung für den Augenschein.

Digitized by Google

6. Zu Nr. 5: Die Entscheidungen sind entweder dem Protokolle schriftlich beizufügen, was bei Urteilen regelmäßig geschehen wird, oder in das Protokoll aufzunehmen.

7. Zu Nr. 6: Die Feststellung, daß eine Entscheidung „erlassen" wurde, ist nicht genau, gilt aber als Verkündungsvermerk [RG. 9. Febr. 1889 Entsch. XVII Nr. 105 S. 420].

8. Zu Abs. 3: Wurde eine dem Protokolle beigefügte Anlage aus Versehen in dem Protokolle nicht erwähnt, so kann das Versehen berichtigt werden; auch kann das Recht, diese Verletzung des Prozeßgesetzes zu rügen, nach § 267 ausgeschlossen werden [vgl. RG. 17. Apr. 1887 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 153].

§ 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann nicht unterbleiben, wenn die Zeugen und Sachverständigen vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, ferner wenn sie vor dem Gerichte erster Instanz vernommen werden. Ist gemäß § 147 die Protokollierung der Aussage eines Z. oder S. unterblieben, so kann das Beweisergebnis nur von den Richtern, die der Beweiserhebung beigewohnt haben, gewürdigt werden. Tritt ein Wechsel im Richterkollegium ein, so muß die Beweisaufnahme wiederholt werden. Wird das Urteil auf Grund einer nicht protokollierten Beweisaufnahme von Richtern gefällt, von denen auch nur einer nicht bei der Beweisaufnahme anwesend war, so ist die Revision begründet. [Vgl. RG. 8. Juli 1885 Entsch. XIV Nr. 107 S. 379 ff., 19. Okt. 1885 XIV Nr. 108 S. 383 ff., 18. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 727, 22. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 85 S. 344 ff. Teilweise abweichend: H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 255 ff.]

2. § 147 bestimmt nicht, daß unter den angegebenen Voraussetzungen die Protokollierung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen unterbleiben muß. Es giebt Umstände, wo die Protokollierung auch unter jenen Voraussetzungen zweckmäßig sein wird; z. B. wenn wegen anderweitigen Beweisverfahrens voraussichtlich die Urteilsfällung erst nach längerer Zeit erfolgen kann, oder wenn Verdacht besteht, daß die Aussage eines Zeugen unwahr sei. (Vgl. KPr. S. 56.)

3. Wenn die Feststellung der Aussagen eines Zeugen oder Sachverständigen unterbleibt, so sind die Namen der vernommenen Zeugen, die Beeidigung, etwaige bei der Vernehmung sich ergebende Anstände u. dgl. gleichwohl zu Protokoll festzustellen. In den Thatbestand brauchen die Aussagen nicht aufgenommen zu werden; aber der wesentliche Inhalt muß im Urteile angeführt werden. [Vgl. RG. 18. Juni 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1215 und SA. L Nr. 48.]

§ 148.

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

Die Unterschrift der bei den Feststellungen ad Nr. 1 bis 4 des § 146 Beteiligten ist nicht erforderlich. — Vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen ist das ganze Protokoll

Digitized by Google

den Haupt- und Nebenparteien und, soweit es Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen enthält, auch diesen. Das Vorlesen oder Vorlegen muß vor Schluß der Verhandlung erfolgen, woraus sich ergiebt, daß das Protokoll nicht nach Schluß der Verhandlung anzufertigen ist. [AM. bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 141]. Das Recht, eine Verletzung des § 148 zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen [RG. 10. März 1884 Entsch. XII Nr. 127 S. 436.]

§ 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Die Unterschrift des Vorsitzenden und des Gerichtsschreibers sind wesentliche Voraussetzungen der formellen Beweiskraft des Protokolls (§ 150).

2. Daß der Gerichtsschreiber verhindert wäre, das Protokoll zu unterschreiben, wird nicht leicht vorkommen, da er seine Unterschrift dem Protokolle bei der Fertigung beisetzen wird. Sollte dies übersehen sein und später Behinderung eintreten, so ist kein Ersatz vorgesehen.

§ 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

Mot. S. 137. KPr. S. 56, 527.

1. Der § 150 entspricht dem § 274 der StrPrO. Ähnliche Vorschriften enthalten preuß. Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 78, preuß. StrPrO. v. 1867 § 258, hess. StrPrO. Art. 224; old. StrPrO. Art. 199 § 4, braunschw. StrPrO. § 158, lüb. StrPrO. § 140 hinsichtlich des Beweises der Förmlichkeiten bei der Anfechtung des Urteils durch Nichtigkeitsbeschwerde oder ähnliche Rechtsmittel.

Über den Begriff der „für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten" ist in den Prot. der norddt. Komm. (S. 411 f.) bemerkt: „Das Protokoll solle über die großen Grundsätze des Verfahrens Auskunft geben; jede Partei müsse voraussetzen, daß diese Beobachtung im Protokolle konstatiert sei und, falls sie einen Mangel rügen wolle, für dessen Konstatierung sofort Sorge tragen. Der Begriff der Förmlichkeit bedürfe überhaupt einer Definition nicht; welche „Förmlichkeiten" aber wesentlich seien, komme hier nicht in Frage. Bezüglich des erforderlichen Gehörs beider Parteien werde es nur darauf ankommen, daß im allgemeinen die Anhörung beider Teile konstatiert sei." Die Anlehnung an die bezeichneten Strafprozeßgesetze rechtfertigt die mit den cit. Bemerkungen in den norddt. Protokollen nicht im Widerspruche stehende Annahme, daß unter „Förmlichkeiten" alle Momente der Verhandlung zu verstehen sind, die den modus procedendi im Gegensatze zu dem Inhalte der Prozeßhandlungen betreffen [vgl. Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. II S. 391]; also insbesondere die Besetzung des Gerichts, die Öffentlichkeit oder Nichtöffentlichkeit des Verfahrens, das Erschienen- oder Nichterschienensein der Parteien, deren Vertretung durch Anwälte, die Form (ob schriftlich oder nicht) gewisser Parteianträge und -erklärungen (§§ 269, 270), die Verkündung der Urteile und Beschlüsse [vgl. RG. 18. März 1886 Entsch. XVI Nr. 74 S. 332], die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen. Nicht dazu

Digitized by Google

gehört der Inhalt der Parteianträge und -erklärungen, der Zeugen- und Sachverständigenaussagen.

2. Bezüglich der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten enthält § 150 eine zweifache Beweisbeschränkung.

a) Die Beobachtung der Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Jede andere Beweisführung ist ausgeschlossen. Ist also im Protokolle z. B. die Beeidigung eines Zeugen nicht konstatiert, so kann der Beweis, daß der Zeuge beeidigt worden sei, in diesem Prozesse überhaupt nicht geführt werden [vgl. Entsch. d. RG. i. StrS. X S. 92].

b) Gegenbeweis gegen den die Förmlichkeiten betreffenden positiven Inhalt des Protokolls ist ausgeschlossen, es wäre denn, daß die Fälschung des Protokolls erwiesen werden könnte. Das Sitzungsprotokoll ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 383 und liefert als solche vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen (§ 383 Abs. 1); hiergegen wäre Gegenbeweis durch jede Art von Beweismitteln zulässig (§ 383 Abs. 2). Dieser Gegenbeweis ist bezüglich eines Teils des Protokollinhalts, d. i. der Konstatierungen über Beobachtung der Prozeßvorschriften, von dem Beweise der Fälschung abhängig gemacht. Bezüglich des übrigen Protokollsinhalts ist der Gegenbeweis nicht beschränkt.

Der Nachweis der Fälschung kann sowohl durch den Beweis der Urkundenfälschung (StrGB. § 267) wie durch den Beweis wissentlich falscher Beurkundung (StrGB. § 348) geführt werden. Es ist aber nicht nötig, daß eine strafbare Fälschung vorliege, vielmehr genügt der Nachweis, daß vorsätzlich Falsches protokolliert oder durch Änderung in das Protokoll hineingebracht wurde. Der Nachweis einer fahrlässigen falschen Beurkundung genügt nicht. Der Nachweis der Fälschung kann mit allen Beweismitteln geführt werden.

Die Beweis- und Gegenbeweisbeschränkung des § 150 gilt nur dann, wenn die Frage, ob die für die mündliche Verhandlung geltenden Prozeßvorschriften beobachtet sind, unter den Parteien streitig ist. Die praktische Bedeutung des § 150 ergiebt sich insbesondere bei der Verhandlung über Berufung und Revision. Übrigens gelten die Beschränkungen auch für die unteren Instanzen.

Über das Verhältnis der Beweiskraft des Protokolls zum Thatbestande des Urteils vgl. Bem. Nr. 2 zu § 285.

§ 151.

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.

Mot. S. 137, 138. KPr. S. 56, 527.

1. Unter einem „beauftragten Richter" ist ein Mitglied des Prozeßgerichts, ein deputatus collegii, dagegen unter einem „ersuchten Richter" ein anderes Gericht (Amtsgericht, vgl. GVG. § 158) verstanden.

2. In der Bestimmung, daß der Gerichtsschreiber zu den in § 151 bezeichneten Verhandlungen beizuziehen sei, liegt die Anordnung der Protokollierung. Über Form und Inhalt dieses Protokolls enthält das Gesetz keine direkte Vorschrift. Die entsprechende Anwendung der §§ 145, 146, 148, 149 folgt aus der Natur des Protokolls. Auch § 150 dürfte auf solche Protokolle entsprechend anzuwenden sein. [AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 318.]

Zweiter Titel.

Zustellungen.

1. Im früheren gemeinrechtlichen Prozesse lag der Prozeßbetrieb, d. i. die Vermittlung des Verkehrs zwischen dem Gerichte und den Parteien und zwischen den Parteien

Digitized by Google

untereinander, das Zustellungs- und Ladungsgeschäft, sowie die Zwangsvollstreckung in der Hand des Gerichts (Offizialbetrieb). Ebenso nach der preuß. AGO., nach der österr. GO. und nach den PrOO. von Württemberg, Baden, Braunschweig, Oldenburg, Koburg. Im Gegensatze dazu legt das franz. Prozeßrecht den Prozeßbetrieb ganz in die Hände der Parteien (Parteibetrieb). Dem franz. Recht folgten das Genfer Prozeßgesetz, der preuß. Entw. v. 1864 und die bayer. PrO. v. 1869. Nach dem Vorgange der hannov., hess., österr., nordd. Entwürfe haben sich die deutschen Entwürfe und das Gesetz für ein mittleres System entschieden, welches die Motive (S. 139) „modifizierten Parteibetrieb" nennen. [Gegen dieses System L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 278 ff.]

Die Motive S. 140 f. führen als „Modifikationen des Prozeßbetriebs durch die Parteien" folgende an:

A) Hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits bis zum Urteile in der Instanz.

Die Einleitung des Rechtsstreits oder einer Instanz setzt nach dem Gesetze regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus (§§ 191, 193, 233, 305 Nr. 3, 456, 458, 479 Nr. 3, 515 Nr. 3, 529, 548, 570, 597). Ist der Rechtsstreit zur mündlichen Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der notwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte (§§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 323, 326, 327, 328, 335, 456, 485, 520, 548). Der beschlossene Beweis wird von Amtswegen auch beim Ausbleiben beider Parteien aufgenommen (§§ 332, 333, 456, 485, 520, 548); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen und die Herbeischaffung von Urkunden, die sich in dem Besitze einer anderen Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§ 342, 367, 397, 456, 485, 520).

B) Hinsichtlich der Zustellungen:

1) Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erteilen (§ 152 Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegenteiligen Erklärung der Partei vermutet (§§ 154, 158).

2) Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und durch öffentliche Bekanntmachung hat die Partei zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht von Amtswegen (§§ 182 ff., 186 ff.) und ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers.

3) Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien von Amtswegen zugestellt (§ 294).

C) In der Zwangsvollstreckungsinstanz tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein (vgl. §§ 684 ff., 687, 690, 696, 703, 705, 728 ff., 698 ff., 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff., 808 ff. u. a.).

Den in den Motiven erwähnten Modifikationen des Prinzips des Parteibetriebs sind noch die §§ 568 ff., betreffend das Verfahren in Ehesachen, und die §§ 593 ff., betreffend das Verfahren in Entmündigungssachen, beizufügen.

Wegen der Ladungen vgl. die Bemerkungen Nr. 1 und 2 vor § 191.

2. Von den Zustellungen sind nach der Terminologie des Gesetzes die in §§ 70, 125, 171, 204, 327, 329, 330, 351, 463, 603, 623, 634, 669 vorkommenden Mitteilungen zu unterscheiden. Für Mitteilungen sind die Vorschriften dieses Titels nicht maßgebend; sie können formlos geschehen.

Digitized by Google

3. Zustellungen von Amtswegen (§§ 294 Abs. 3, 342, 367, 582, 602, 603, 619, 623) unterliegen den Vorschriften dieses Titels.

4. Wegen der Gebühren für Zustellungen durch die GV. s. GO. s. GV. §§ 2 und 3 in der Fass. d. RG. vom 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9. Wegen der Gebühren für Vermittlung von Zustellungen durch den Gerichtsschreiber (§§ 152 Abs. 2, 179) s. GKG. in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9.

5. Über Zustellungen im Konkurse s. KO. §§ 66 Abs. 2, 69. Über Zustellungen im Verfahren vor den Konsulargerichten s. RG. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) §§ 10, 20. Über Zustellungen im Verfahren vor den Gerichten der Schutzgebiete s. RG. v. 17. Apr. 1886 (RGBl. S. 75) § 3 Nr. 5, Verordn. v. 15. Juni 1886 (RGBl. S. 187) § 6, Verordn. v. 13. Sept. 1886 (RGBl. S. 291) § 6, RG. v. 15. März 1888 (RGBl. S. 71) § 3 Nr. 10, Verordn. v. 2. Juli 1888 (RGBl. S. 211) §§ 6, 7, dazu Dienstanweisung v. 7. Juli 1888 (CBl. f. d. DR. S. 404 u. Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 214) § 6, Verordn. v. 23. Juli 1888 (RGBl. S. 221) § 1, Verordn. v. 7. Febr. 1890 (RGBl. S. 55) § 1, Verordn. v. 1. Jan. 1891 (RGBl. S. 1) §§ 6, 7. Über Zustellungen im Verfahren vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 23. Juli 1890 (RGBl. S. 141) §§ 30—33.

§ 152.

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Mot. S. 138—143. KPr. S. 56, 57, 527—529.

1. Zustellung im Sinne des Gesetzes ist Übergabe einer Abschrift oder einer Ausfertigung eines gewissen Schriftstücks unter Beurkundung der erfolgten Übergabe (vgl. Mot. S. 141). Einwerfen eines Schriftstücks in den Briefkasten des Adressaten ist keine Zustellung [RG. 20. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 99 S. 342]. Die Zustellungen erfolgen durch die Gerichtsvollzieher. Wegen der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der GV. s. GVG. § 155. Nach den in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Gerichtsvollzieherordnungen (ein Verzeichnis s. Sydow CPrO. und GVG. 6. Aufl. zu § 155 des GVG.) bemißt sich die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher ist nach den bestehenden Gerichtsvollzieherordnungen durchweg auf den Landgerichtsbezirk ihres amtlichen Wohnsitzes beschränkt, unbeschadet des Rechts, Zustellungen durch die Post im ganzen Deutschen Reiche zu bewirken. Die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, s. GVG. § 156. Der Mangel der örtlichen Zuständigkeit sowie die Nichtbeachtung des GVG. § 156 hat die Ungültigkeit des Zustellungsaktes zur Folge. Die Ungültigkeit kann aber nach § 267 gehoben werden [vgl. Struckm. Koch N. 1 z. GVG. § 156, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 321 f.].

2. Der Zustellung durch die Gerichtsvollzieher ist die Zustellung durch die Post (§§ 176—179) gleichgestellt. Unzulässig ist Zustellung im Inlande durch andere Personen, sowie Zustellung unter Zuhülfenahme des Telegraphen (Mot. S. 142). [Abweichend RG. 5. Juli 1884 SA. XL Nr. 82.]

3. Im Anwaltsprozesse (§ 74 Abs. 1) ist der Auftrag zu Zustellungen dem Gerichtsvollzieher ohne Vermittlung des Gerichtsschreibers zu erteilen. Der Auftrag kann vom Anwalte oder von der Partei erteilt werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74). Im Parteiprozesse hat die Partei und ihr Bevollmächtigter die Wahl, den Gerichtsvollzieher

Digitized by Google

untereinander, das Zustellungs- und Ladungsgeschäft, sowie die Zwangsvollstreckung in der Hand des Gerichts (Offizialbetrieb). Ebenso nach der preuß. AGO., nach der österr. GO. und nach den PrOO. von Württemberg, Baden, Braunschweig, Oldenburg, Koburg. Im Gegensatze dazu legt das franz. Prozeßrecht den Prozeßbetrieb ganz in die Hände der Parteien (Parteibetrieb). Dem franz. Recht folgten das Genfer Prozeßgesetz, der preuß. Entw. v. 1864 und die bayer. PrO. v. 1869. Nach dem Vorgange der hannov., hess., österr., nordd. Entwürfe haben sich die deutschen Entwürfe und das Gesetz für ein mittleres System entschieden, welches die Motive (S. 139) „modifizierten Parteibetrieb" nennen. [Gegen dieses System L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 278 ff.]

Die Motive S. 140 f. führen als „Modifikationen des Prozeßbetriebs durch die Parteien" folgende an:

A) Hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits bis zum Urteile in der Instanz.

Die Einleitung des Rechtsstreits oder einer Instanz setzt nach dem Gesetze regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus (§§ 191, 193, 233, 305 Nr. 3, 456, 458, 479 Nr. 3, 515 Nr. 3, 529, 548, 570, 597). Ist der Rechtsstreit zur mündlichen Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der notwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte (§§ 127 Abs. 3, 281, 314, 316, 317, 323, 326, 327, 328, 335, 456, 485, 520, 548). Der beschlossene Beweis wird von Amtswegen auch beim Ausbleiben beider Parteien aufgenommen (§§ 332, 333, 456, 485, 520, 548); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen und die Herbeischaffung von Urkunden, die sich in dem Besitze einer anderen Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§ 342, 367, 397, 456, 485, 520).

B) Hinsichtlich der Zustellungen:

1) Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erteilen (§ 152 Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegenteiligen Erklärung der Partei vermutet (§§ 154, 158).

2) Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und durch öffentliche Bekanntmachung hat die Partei zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht von Amtswegen (§§ 182 ff., 186 ff.) und ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers.

3) Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien von Amtswegen zugestellt (§ 294).

C) In der Zwangsvollstreckungsinstanz tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein (vgl. §§ 684 ff., 687, 690, 696, 703, 705, 728 ff., 698 ff., 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff., 808 ff. u. a.).

Den in den Motiven erwähnten Modifikationen des Prinzips des Parteibetri[illegible] noch die §§ 568 ff., betreffend da[illegible]rfahren in Ehesachen, und die §§ 59[illegible] das Verfahren in Entmündi[illegible]en, beizufügen.

Wegen der Ladung[illegible] Bemerkungen Nr. 1 und 2 vor §[illegible]

2. Von den Zust[illegible]nd nach der Terminologie des Gesetze[illegible] 171, 204, 327, 329, [illegible], 463, 603, 623, 634, 669 vorkom[illegible] zu unterscheiden. F[illegible]ungen sind die Vorschriften dieses Ti[illegible] sie können formlos [illegible]

Digitized by Google

3. Zustellungen von Amtswegen (§§ 294 Abs. 3, 342, 367, 582, 602, 623) unterliegen den Vorschriften dieses Titels.

4. Wegen der Gebühren für Zustellungen durch die GV. s. GO. s. GV. §§ in der Fass. d. RG. vom 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9. Wegen der Gebühren mittlung von Zustellungen durch den Gerichtsschreiber (§§ 152 Abs. 2, 179) s. G der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881 Art. 1 Nr. 9.

5. Über Zustellungen im Konkurse s. KO. §§ 66 Abs. 2, 69. Über Zustellu Verfahren vor den Konsulargerichten s. RG. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) §§ Über Zustellungen im Verfahren vor den Gerichten der Schutzgebiete s. RG. v. 17 1886 (RGBl. S. 75) § 3 Nr. 5, Verordn. v. 15. Juni 1886 (RGBl. S. 187) § 6 ordn. v. 13. Sept. 1886 (RGBl. S. 291) § 6, RG. v. 15. März 1888 (RGBl. S. 7 Nr. 10, Verordn. v. 2. Juli 1888 (RGBl. S. 211) §§ 6, 7, dazu Dienstanweisu 7. Juli 1888 (GBl. f. d. DR. S. 404 u. Ztschr. f. d. ZPr. XIV S. 214) § 6, Verord 23. Juli 1888 (RGBl. S. 221) § 1, Verordn. v. 7. Febr. 1890 (RGBl. S. 55) § 1, ordn. v. 1. Jan. 1891 (RGBl. S. 1) §§ 6, 7. Über Zustellungen im Verfahren vo Gewerbegerichten s. RG. v. 23. Juli 1890 (RGBl. S. 141) §§ 30—33.

§ 182.

Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu be tragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittel oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.

Mot. S. 138—143. Prot. S. 11, 37—39.

1. Zustellung im Sinne des Gesetzes ist Übergabe einer Abschrift oder einer A fertigung eines gewissen Schriftstücks und Beurkundung der erfolgten Übergabe (vgl. M S. 141). Einwerfen eines Schriftstücks in den Briefkasten des Adressaten ist keine Z stellung [RG. 20. Jan. 1882 Gruch. VI Nr. 3012 S. 1027]. Die Zustellungen erfolgen du die Gerichtsvollzieher. Wegen der Zahl und Gehaltsverhältnisse der GV. s. GV § 155. Nach den in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Gerichtsvollzieherordnung (ein Verzeichnis s. Sydow GVrO. und GVG. 4. Aufl. zu § 155 des GVG.) bemißt si die örtliche Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichts vollzieher ist nach den bestehenden Gerichtsvollzieherordnungen durchweg auf den Land gerichtsbezirk ihres amtlichen Wohnsitzes beschränkt, unbeschadet des Rechts, Zustellunge durch die Post im ganzen Deutschen Reiche zu machen. In Fälle, in denen der Ge richtsvollzieher von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, s. GVG. § 156. De Mangel der örtlichen Zuständigkeit hat die Nichtigkeit des GVG. § 156 hat die Ungültigkeit des Zustellungsakts zur Folge. Die Nichtigkeit kann aber nach § 267 ge hoben werden [vgl. Struckm. Anm. 1 zu § 156 des GVG. Bolze, Praxis d. OLG. Levy N. 1, Gaupp S. 321 f.].

2. Der Zustellung durch die Gerichtsvollzieher der Zustellung durch die Post (§§ 176—179) gleichgestellt. Zustellungen an Personen im Auslande sonen, sowie Zustellung unter Benutzung der Eisenbahn (Sicherung der Ver- RG. 5. Juli 1884 SA. XL Nr. 82). Abweichend

3. Im Anwaltsprozesse (Auftrag zur Zustellung durch Gerichtsvollzieher ohne Vermittelung des Gerichtsschreibers) kann vom Anwalte oder von dem Gegner des Anwalts prozesse hat die Partei- Gerichtsvollzieher

Digitized by Google

direkt zu beauftragen oder den Gerichtsschreiber um Vermittlung anzugehen. Über das Rechtsverhältnis zwischen Partei und Gerichtsschreiber vgl. RG. 21. Juni 1886 Entsch. XVII N. 99 S. 391. Der Gerichtsschreiber hat entweder einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen (der Gerichtsvollzieher ist dann Beauftragter der Partei, nicht des Gerichtsschreibers) oder die Zustellung durch die Post (§ 179) zu besorgen. Die Partei, nicht der Gerichtsschreiber, ist als betreibender Teil (§ 174 Nr. 2) anzuführen. In dem Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, das innerhalb eines Anwaltsprozesses angeordnet ist, kann die Vermittlung des Gerichtsschreibers nicht in Anspruch genommen werden.

4. Zustellungen von Amtswegen werden stets durch den Gerichtsschreiber vermittelt (Mot. z. GVG. S. 182). Dieser beauftragt entweder einen Gerichtsvollzieher oder besorgt die Zustellung durch die Post (§ 179). Bare Auslagen werden nicht erhoben, s. GKG. § 80b in d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881.

§ 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegenteils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

Mot. S. 144, 145. KPr. S. 57, 529.

1. Die Erteilung des Auftrags bedarf keiner Form. Daher kann der Wille, den Gerichtsvollzieher zur Zustellung zu beauftragen, auch durch schlüssige Handlungen, z. B. durch Zusendung der betreffenden Papiere, erklärt werden. Der GV. braucht dem Dritten gegenüber die Beauftragung nicht nachzuweisen; er ist durch die Vermutung des Abs. 2 gedeckt. Bestreitet die als betreibender Teil angeführte Partei die Auftragserteilung, so greift diese Vermutung nicht ein.

2. § 153 gilt auch, wenn der GV. durch Vermittlung des Gerichtsschreibers beauftragt wird. Er findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß der Gerichtsschreiber ohne GV. die Zustellung durch die Post besorgt (§ 179). Daß der Text des § 153 darauf nicht Rücksicht nimmt, erklärt sich daraus, daß die Zustellung durch die Post erst in den letzten Entwurf eingefügt wurde.

3. Die ohne Auftrag — z. B. infolge der irrtümlichen Annahme einer Beauftragung — ausgeführte Zustellung kann von der Partei genehmigt werden und wirkt in diesem Falle, wie wenn der Auftrag vorher erteilt worden wäre. Die ohne Auftrag ausgeführte Zustellung ist unwirksam, wenn die Genehmigung verweigert wird.

§ 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

Mot. S. 144. KPr. S. 57, 63, 64, 529.

1. Zustellungen unter Vermittlung des Gerichtsschreibers sind nach § 152 im Parteiprozesse zulässig. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 152 und die §§ 458, 462.

2. Der Gerichtsschreiber beauftragt im Parteiprozesse, soweit er die Zustellungen nicht unmittelbar durch die Post (§ 179) besorgen läßt, den Gerichtsvollzieher mit der Zu-

Digitized by Google

stellung und zwar namens der Partei. Er bedarf keiner ausdrücklichen Ermächtigung; es genügt, wenn die Partei, die eine der Zustellung bedürftige Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben hat, nicht erklärt, selbst den Gerichtsvollzieher beauftragen zu wollen. Auf Zustellung von amtsgerichtlichen Urteilen findet § 154 nicht Anwendung [vgl. Kurlbaum Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 62 ff., gegen H. Meyer eod. S. 50 ff.; vgl. auch v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. III S. 476, Brettner eod. V S. 495 ff.], wohl aber auf das Mahnverfahren [Drechsler Arch. f. c. Pr. LXII S. 419] und auf das Zwangsvollstreckungsverfahren.

3. Da der Gerichtsschreiber namens der Partei handelt, so haftet nicht er, sondern die Partei für die Gebühren des Gerichtsvollziehers. (Preuß. Gesch.A. f. GV. § 20.)

§ 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

Die Zeit der Übergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.

Mot. S. 144, 145. KPr. S. 57, 58, 529.

1. Durch Abs. 1 ist nicht ausgeschlossen, daß die betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber die Anfertigung der Abschriften überläßt.

2. Der Abs. 2, von der JK. der RT. zugefügt, steht im Zusammenhange mit § 213. Einfluß auf die Gültigkeit der Zustellung hat die Vorschrift nicht. Auch die Wiedereinsetzung nach § 213 ist nicht durch Beobachtung der Vorschrift des § 155 Abs. 2 bedingt; der Beweis der Übergabe innerhalb der in § 213 bezeichneten Frist kann durch andere Beweismittel geführt werden.

§ 156.

Die Zustellung besteht, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in der Übergabe, in den übrigen Fällen in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt, bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.

Mot. S. 144, 152. KPr. S. 59, 530.

1. Zu §§ 156—189: a) Ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 156 bis 189 hat die Ungültigkeit der Zustellung zur Folge. Zwar hat die deutsche CPrO. die Ungültigkeit der gegen die bezeichneten Vorschriften verstoßenden Zustellung nicht ausdrücklich ausgesprochen; aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß solche Zustellungen gültig seien, weil die CPrO. abweichend von dem französischen Systeme [über dieses vgl. Garsonnet Traité théorique et pratique de procédure, Paris 1885, II S. 18 ff.] die Ungültigkeit als Folge prozessualischer Verstöße nirgends ausdrücklich hervorgehoben hat. Vielmehr ist davon auszugehen, daß die Beobachtung der im Gesetze enthaltenen (im Gegensatze zu den in bloßen Instruktionen gegebenen) Vorschriften über die Art und Weise, wie eine prozessualische Handlung vorzunehmen sei, wesentlich ist für die Gültigkeit der Prozeßhandlung, soweit nicht das Gesetz ersehen läßt, daß die Beobachtung seiner Vorschriften nicht als Voraussetzung der Gültigkeit behandelt werden soll. Ohne das entscheidende

Digitized by Google

Gewicht auf den nicht immer konformen Sprachgebrauch der CPrO. zu legen [über diesen vgl. Heilblut Arch. f. civ. Pr. LXIX S. 131 ff., Wach I S. 297 ff.], darf doch darauf verwiesen werden, daß in den Vorschriften über die Zustellung sich nirgends der sonst im Gesetze zu bloß instruktionellen Anweisungen gebrauchte Ausdruck „soll" vorfindet und daß nur im § 171 Abs. 4 die Gültigkeit einer den Vorschriften dieses Paragraphen nicht entsprechenden Zustellung für einen bestimmten Fall ausgesprochen ist. Im allgemeinen besteht auch Einverständnis darüber, daß Zustellungen, die den Vorschriften des Gesetzes nicht entsprechen, ungültig sind (vgl. a. die zu den §§ 156—189 cit. Entsch. d. RG.). Meinungsverschiedenheit besteht nur darüber, ob die sog. Ersatzzustellung (§§ 166—169) ungültig ist, wenn das Schriftstück zwar einer Person ausgehändigt wurde, an die es nach dem Gesetze nicht ausgehändigt werden sollte, aber gleichwohl in die Hände des Adressaten gelangte, und ob die Gültigkeit einer Zustellung durch die Errichtung einer den Vorschriften der §§ 174, 175, 178 entsprechenden Urkunde bedingt ist. Über die erstere Frage vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 166, über die zweite vgl. Bem. Nr. 8 zu § 174.

b) Die Verletzung einer Vorschrift über die Art und Weise der Zustellung kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei an die zugestellt wurde, auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund der Zustellung stattgefunden hat oder in welcher auf die Zustellung Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte (§ 267). Auch in Bezug auf die Heilbarkeit der Zustellungsmängel durch Verzicht auf deren Rüge und durch Präklusion der Rüge herrscht in Litteratur und Rechtsprechung im allgemeinen Einverständnis. Nur darüber besteht Meinungsverschiedenheit, ob derartige Heilung der Ungültigkeit auch bei Zustellungen eintritt, durch die eine Notfrist (s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191) in Lauf gesetzt oder gewahrt werden soll. Man glaubt nämlich daraus, daß Notfristen der Verfügung der Parteien entzogen sind und daß deren Einhaltung von Amtswegen zu prüfen ist, folgern zu müssen, daß die Zustellungsmängel in diesen Fällen nicht dem Parteiverzichte und nicht der Präklusion nach § 267 unterliegen. [So Struckm. Koch N. 3 zu § 156, Wilm. Levy N. 1 zu § 156, A. Förster N. 3 zu § 164, Gaupp I S. 328 N. 4; vgl. a. RG. 12. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 115 S. 373, 13. Okt. 1882 IX Nr. 118 S. 413, 25. Mai 1883 X Nr. 110 S. 362, 10. Mai 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1222.] Die Folgerung ist unrichtig; denn darin, daß die thatsächlich geschehene Mitteilung eines Schriftstücks, die aus irgendwelchem Grunde keine ordnungsmäßige Zustellung ist, zufolge des Verhaltens der Parteien vom Gerichte nicht mehr auf ihre Ordnungsmäßigkeit geprüft werden kann, liegt keine Parteiverfügung über die Notfrist. Parteiverfügung kann weder eine Zustellung fingieren [vgl. Entsch. XV S. 375] noch wegfingieren. Aber wenn das, was das Wesen der Zustellung ausmacht, d. i. die Mitteilung eines Schriftstücks, stattgefunden hat, können Mängel des Verfahrens geheilt werden. [So jetzt auch Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 84 ff., Fitting eod. IX S. 24 und S. 51, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 285 ff. u. SA. XLV Nr. 138; vgl. a. RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388 (beiläufig).]

c) Die Partei, für die zugestellt worden ist, kann einen Mangel der Zustellung nicht rügen; denn die eigenen Prozeßhandlungen kann die Partei nicht als ungültig anfechten, soweit nicht die Ungültigkeit von Amtswegen zu beachten ist. Dieser Satz, der in der franz. Theorie und Praxis anerkannt [vgl. Garsonnet a. a. O. S. 27] und in der bay. PrO. v. 1869 Art. 219 ausgesprochen ist, ist die notwendige Konsequenz der in § 267 enthaltenen Regel. Was insbesondere die Zustellungen betrifft, so sind die

Digitized by Google

Vorschriften über deren Form in erster Linie zum Schutze der Partei gegeben, an die zugestellt werden soll. Es ist daher die Partei, auf deren Betreiben zugestellt wird, nicht beschwert, wenn die Zustellung nicht ordnungsmäßig erfolgte. [Vgl. Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 101 f.] Das praktische Interesse der Frage zeigt sich z. B. in folgendem Falle: A hat gegen B ein Versäumnisurteil erwirkt. B erhebt Einspruch. Die Zustellung der Einspruchsschrift erfolgt in der Notfrist, ist aber aus irgend welchem Grunde nicht ordnungsmäßig. B bleibt im Termine aus. A rügt die Ordnungswidrigkeit nicht, sondern erwirkt das zweite Versäumnisurteil zur Sache. B kann die Berufung nicht darauf stützen, daß seine Einspruchsschrift nicht ordnungsmäßig zugestellt war. [Vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 287. AM. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 11.]

2. Zu § 156 Abs. 1: Eine Ausfertigung, d. i. eine vom Gerichtsschreiber unterzeichnete und mit dem Amtssiegel versehene Abschrift, ist nach §§ 342, 367 bei Ladung von Zeugen und Sachverständigen zuzustellen. Nach verbreiteter Praxis werden bei allen Zustellungen, die von Amtswegen erfolgen, Ausfertigungen zugestellt [vgl. Planck I S. 469]. In § 865 ist den Schiedsrichtern die Zustellung einer von ihnen unterschriebenen Ausfertigung geboten. Urteile, die auf Betreiben einer Partei zugestellt werden, sind nicht in Ausfertigung sondern in Abschrift zuzustellen [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 5 A. 13, RG. 29. März 1881 Entsch. III Nr. 128 S. 435]. Eine Zustellung wird dadurch nicht ungültig, daß eine Ausfertigung statt gewöhnlicher Abschrift zugestellt wird [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 122 S. 425, 5. Febr. 1886 XV Nr. 114 S. 411]. Auch im umgekehrten Falle dürfte keine Ungültigkeit anzunehmen sein.

Die Abschrift kann auf mechanischem Wege (Druck, Autographie, Hektographie, Ablatsch) hergestellt werden [vgl. RG. 9. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 96 S. 355 in Bezug auf eine Klatschkopie].

Die Abschrift muß beglaubigt, d. h. es muß ihr Gleichlaut mit der Vorschrift bezeugt sein. Fehlt die Beglaubigung, so ist die Zustellung ungültig [RG. 20. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 109 S. 362; 14. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 173; 21. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 96 S. 347; 13. Okt. 1883 Entsch. IX Nr. 118 S. 413; 22. Nov. 1883 SA. XXXVIII Nr. 344; 10. Febr. 1891 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 171 (Begl. d. Beilage ersetzt die Begl. der Abschr. d. Klage nicht), 21. Sept. 1891 Beitr. z. E. d. DR. SA. XLVII Nr. 294. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 376 f.]. Wegen Heilung dieser Ungültigkeit s. Bem. Nr. 1. — Nach RG. 12. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 115 S. 372 f., 1. März 1884 XIV Nr. 93 S. 335, bay. ob. LG. Bl. f. RA. VIII Erg.Bd. S. 47 genügt die Herstellung des Beglaubigungsvermerks und des Namens des Anwalts oder Gerichtsvollziehers durch Stempelabdruck. — Weicht trotz der Beglaubigung die Abschrift von der Urschrift ab, so ist der Empfänger zu schützen, wenn durch den Fehler eine Versäumnis des Empfängers oder sonst ein Nachteil für ihn herbeigeführt ist. Aber die Behauptung der Mot. S. 153, daß für den Empfänger stets die Abschrift als maßgebend angesehen werden müsse, ist unrichtig [vgl. RG. 24. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 128 S. 434, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 100]. — Ist in der Abschrift einer Ladung die Terminsbestimmung ausgelassen, so ist die Zustellung ungültig; der Mangel kann jedoch nach § 267 gehoben werden [RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388].

3. Zu § 156 Abs. 2: Auch im Falle des § 179 erfolgt die Beglaubigung der Abschrift durch den Gerichtsvollzieher. Die Beglaubigung durch einen anderen als den zustellenden GV. wird vom RG. 10. Febr. 1891 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 172 für ungenügend erachtet, was kaum zu billigen sein dürfte. — Daß ein auf Betreiben eines Rechtsanwalts zugestelltes Schriftstück durch den Gerichtsvollzieher statt durch den Anwalt beglaubigt ist,

Digitized by Google

macht die Zustellung nicht ungültig [RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 96 S. 347; 22. Nov. 1883 SA. XXXVIII Nr. 344]. Hat der zum Prozesse bevollmächtigte Rechtsanwalt einen anderen Anwalt mit dem Betriebe der Zustellung beauftragt, so kann dieser die Abschrift beglaubigen [RG. 28. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 93 S. 418]. Die Beglaubigung durch einen anderen Rechtsanwalt macht die Zustellung ungültig [RG. 4. Juni 1894 Entsch. XXXIII Nr. 106 S. 399]. Bei Zustellung auf Betreiben des Staatsanwalts genügt Beglaubigung durch diesen oder seinen Unterbeamten [RG. 16. März 1894 Entsch. XXXIII Nr. 89 S. 365].

4. Im Falle der KO. § 69 Abs. 1 bedarf es keiner Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.

§ 157.

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

Mot. S. 145, 146. KPr. S. 58, 529.

1. Zu Abs. 1: An eine nicht prozeßfähige Partei (Haupt- und Nebenpartei, Litisdenunziat) kann keine Zustellung erfolgen, weil die Entgegennahme einer Prozeßhandlung die prozessualische Handlungsfähigkeit erfordert (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 50). Vielmehr sind Zustellungen für eine solche Partei an deren gesetzlichen Vertreter zu bewirken. Welche Parteien prozeßunfähig sind, ergeben die §§ 50, 51, 53. Ein Verzeichnis der Prozeßunfähigen s. S. 72 f. Wer der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des materiellen Rechts. Eine Zusammenstellung der reichsgesetzlichen Vorschriften s. S. 74. Solange kein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist, kann keine Zustellung erfolgen. Über die Aufstellung eines besonderen Vertreters (litis curator), wenn eine nicht prozeßfähige Person, die keinen Vertreter hat, verklagt werden soll, s. § 55. An gesetzliche Vertreter können Ersatzzustellungen nach §§ 166—169 erfolgen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 166). — Wer die Zustellung betreibt, kann nicht sich selbst als dem gesetzlichen Vertreter der Partei, an die zugestellt werden soll, zustellen lassen. [Vgl. RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 123 S. 404; Entw. II e. BGB. § 149 und Anm. 1 dazu. AM. Gaupp I S. 330 N. 2.]

Auf Zustellungen an Zeugen und Sachverständige ist § 157 nicht anwendbar.

2. Zu Abs. 2: Zustellungen an Behörden, Gemeinden und Korporationen sowie an Personenvereine, die als solche klagen und verklagt werden können (über diese Kategorie s. S. 67 f.), können für diese an ihre gesetzlichen Vertreter erfolgen; ebenso an Personen, die nach gesetzlicher oder statutarischer Bestimmung zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigt sind, auch wenn sie sonst nicht die Eigenschaft gesetzlicher Vertreter haben. Es genügt aber auch die Zustellung an Vorsteher, die weder gesetzliche Vertreter noch durch besondere Bestimmung zur Empfangnahme von Zustellungen ermächtigt sind.

Auf Stiftungen ist Abs. 2 nicht anwendbar; nur die gesetzlichen Vertreter können Zustellungen in Empfang nehmen.

3. Zu Abs. 3: Die Zustellung an einen von mehreren gesetzlichen Vertretern oder an einen von mehreren Vorstehern ist durch Abs. 3 allgemein, nicht bloß in den Fällen, wo dies bereits besonders bestimmt ist (HGB. Art. 117 Abs. 2, 144 Abs. 3, 167 Abs. 2,

Digitized by Google

196 Abs. 2, 244a), für gültig erklärt. — Über Zustellung der Klagen nach Art. 190a, 222 des HGB. s. Alexander Ztschr. f. d. ges. HR. XL S. 89 ff. und SA. XLVIII Nr. 104.

4. Eine den Vorschriften des § 157 nicht entsprechende Zustellung, insbesondere eine Zustellung an die prozeßunfähige Partei selbst, ist ungültig. Aber die Ungültigkeit kann dadurch gehoben werden, daß die Zustellung von dem gesetzlichen Vertreter oder von der prozeßfähig gewordenen Partei genehmigt wird (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 54). Daher ist auch § 267 anwendbar.

§ 158.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

Mot. S. 146. KPr. S. 58, 102, 529.

1. Vgl. §§ 4 und 38 des RMil.Ges. v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45), ferner die Anlage zum Mil.StrGB. (RGBl. 1872 S. 204). Zustellungen an Offiziere und an die im Offiziersrange stehenden Militärpersonen, sowie an die Mannschaften des Beurlaubtenstandes erfolgen wie Zustellungen an Civilpersonen.

2. Die Zustellung nach § 158 erfolgt an den Chef in dem Sinne, daß sie mit der Zustellung an den Chef vollendet ist. Der Chef nimmt gewissermaßen als Zustellungsbevollmächtigter die Zustellung in Empfang und befördert sie auf dem Dienstwege weiter (KPr. S. 102). Die Gültigkeit der Zustellung ist nicht durch die Weiterbeförderung bedingt; daher bedarf es keines Nachweises, daß die Partei das zustellende Schriftstück wirklich erhalten habe. Eine Ersatzzustellung nach §§ 166—169 ist zulässig (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 166).

§ 159.

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

Mot. S. 146, 147. KPr. S. 58, 529.

Litteratur: Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 216 ff.

1. Generalbevollmächtigter ist nach den Mot. S. 146 „der zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten vom dominus Berufene." Man wird im Anschlusse an den herrschenden Sprachgebrauch [vgl. z. B. Dernburg Pand. I § 119] aber nicht bloß den zur Besorgung aller Vermögensangelegenheiten Ermächtigten, sondern auch denjenigen darunter verstehen müssen, der zur Besorgung eines gewissen, sachlich bestimmten Kreises von Vermögensangelegenheiten allgemein ermächtigt ist. Daher ist Generalbevollmächtigter im Sinne des § 159 der Korrespondentreder (HGB. Art. 459—462) für den Geschäftsbetrieb der Rhederei [AM. Krech und Fischer preuß. Subh.Ordn. (3) S. 495 unter Berufung auf RG. 12. Mai 1880 Entsch. I Nr. 107 S. 295 ff., wo aber eine nach dem früheren Rechte zu beurteilende Zustellung vorlag], ferner der nach Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) § 12, RG. v. 1. Juni 1891 btr. den Schutz der Gebrauchsmuster (RGBl. S. 290) § 13, RG. v. 12. Mai 1894 z. Schutz der Warenbezeichnungen (RGBl. S. 441) § 23 von dem nicht im Inlande wohnenden Berechtigten bestellte inländische Vertreter für die das Patent, Gebrauchsmuster oder Warenzeichen betreffenden Rechtsstreitigkeiten. — Daß die Vollmacht cum libera administratione erteilt ist, gehört nicht zum Begriffe einer Generalvollmacht. Ebensowenig, daß die Befugnis zur Vertretung vor Gericht ausdrücklich erteilt ist; aber bei Entziehung dieser Befugnis liegt keine Generalvollmacht vor.

An den zur Besorgung aller Vermögensangelegenheiten Bevollmächtigten können Zustellungen in allen Prozessen über Vermögensrechte (nicht in Ehe- und Statusprozessen),

Digitized by Google

an den zur Besorgung eines bestimmten Kreises von Vermögensangelegenheiten aufgestellten Generalbevollmächtigten können Zustellungen in Prozessen, die diese Vermögensangelegenheiten betreffen, erfolgen.

2. Wer Prokurist ist, ergiebt sich aus HGB. Art. 41. Nach Art. 42 des HGB. ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. In diesem Umfange ist der Prokurist Generalbevollmächtigter, daher können Zustellungen in den durch den Betrieb des Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen erfolgen. Wurde mehreren Personen Kollektivprokura erteilt (HGB. Art. 41 Abs. 3), so kann die Zustellung nur gemeinschaftlich an die mehreren Prokuristen erfolgen; denn für diesen Fall ist nicht, wie in § 159 für den Fall mehrerer gesetzlicher Vertreter, die Zustellung an den einzelnen für zulässig erklärt; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 80. Die Vorschrift des HGB. Art. 46 über das Erlöschen der Prokura findet auf Zustellungen an Prokuristen entsprechende Anwendung.

An Handlungsbevollmächtigte (HGB. Art. 47) können Zustellungen für den Prinzipal nicht erfolgen, weil ihre Vollmacht die Befugnis zur Prozeßführung nicht kraft Gesetzes enthält. Auch wenn einem Handlungsbevollmächtigen die Befugnis zur Prozeßführung besonders erteilt ist (HGB. Art. 47 Abs. 2), sei es im allgemeinen oder für den einzelnen Prozeß, kann nicht an ihn zugestellt werden, ohne daß dem Gegner seine Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten angezeigt ist (vgl. Mot. S. 147).

3. An den Generalbevollmächtigten und den Prokuristen können sowohl die den Prozeß einleitenden, wie auch die Zustellungen erfolgen, die im Laufe des Prozesses an die Partei (Haupt- und Nebenpartei, Litisdenunziat) zu geschehen haben. Ist ein Prozeßbevollmächtigter bestellt, so ist durch § 162 die Zustellung an die Partei selbst und folglich auch an den Generalbevollmächtigten oder Prokuristen ausgeschlossen. Wenn eine Zustellung an den Generalbevollmächtigten oder den Prokuristen zulässig ist, so steht immer auch die Zustellung an die Partei offen, solange nicht der Generalbevollmächtigte oder Prokurist zum Prozeßbevollmächtigten für den einzelnen Prozeß bestellt und diese Bestellung dem Gegner bekannt gegeben ist. Wegen Ersatzzustellungen an Generalbevollmächtigte und Prokuristen s. Bem. Nr. 1 zu § 166.

4. Nach RG. v. 13. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der Seeleute ꝛc. (RGBl. S. 329) § 17 Abs. 2 erfolgen Zustellungen in Angelegenheiten der Berufsgenossenschaft an den vom Rheder in dem Heimatshafen bestellten Bevollmächtigten mit gleicher Wirkung wie an den Rheder selbst.

§ 160.

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

Mot. S. 147, 148. KPr. S. 58, 529.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1: Parteien, die im Deutschen Reiche wohnen, haben in der Regel keinen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, weil die Zustellung durch die Post möglich ist (§§ 176 ff.). Doch kann, wenn eine Partei (Haupt- oder Nebenpartei oder ihr gesetzlicher Vertreter) zwar im Deutschen Reiche, aber weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in dem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, und sie auch keinen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag des Gegners vom Prozeßgerichte angeordnet werden, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Der Antrag kann jeder der Parteien gestellt werden; aber erst nach Beginn des Verfahrens, denn vorher ist kein Prozeßgericht vorhanden. Der Antrag kann in jedem Stadium des Verfahrens schriftlich zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem Termine gestellt werden; er geht an die Instanz, wo der Prozeß anhängig ist. Die Entscheidung ist Beschluß, sie kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119, über Zustellung des Beschlusses s. Bem. Nr. 3 zu § 294. Das Gericht hat hinsichtlich der Frage, ob die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten anzuordnen ist, freies Ermessen. Die Motive führen als Beispiel den Fall an, wenn die Zustellung durch die Post nicht ausführbar ist oder sich als zu zeitraubend erweist. Die Entscheidung ist unanfechtbar.

2. Zu Abs. 2: Gesetzlich verpflichtet zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten ist, wer als Partei (Haupt- oder Nebenpartei oder gesetzlicher Vertreter) nicht im Deutschen Reiche wohnt und auch keinen am Orte des Prozeßgerichts oder im Amtsgerichtsbezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Die Verpflichtung tritt auch ein, wenn die Partei im Laufe des Prozesses aufhört, im Deutschen Reiche zu wohnen oder einen an den angegebenen Orten wohnhaften Prozeßbevollmächtigten zu haben.

3. Zu Abs. 1 u. 2: „Wohnen" und „wohnhaft sein" ist nicht gleichbedeutend mit Wohnsitz haben, sondern bedeutet das Haben einer Wohnung im Sinne der §§ 165 Abs. 2, 166, 167, 169 Abs. 2; vgl. über diesen Begriff die Bem. Nr. 1 zu § 165.

Ist nach RAO. § 19 von einem auswärts wohnenden Rechtsanwalte ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt, so ist § 160 nicht anwendbar.

4. Wegen des domicile élu vgl. EG. § 15 Nr. 5.

§ 161.

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

Mot. S. 143, 147, 148. KPr. S. 58, 529.

1. § 161 bezieht sich sowohl auf Abs. 1 wie auf Abs. 2 des § 160.

2. Der Zeitpunkt, bis zu dem die Benennung des Zustellungsbevollmächtigten erfolgen muß, ist die erste nach dem Eintritte der Verpflichtung folgende gerichtliche Verhand-

Digitized by Google

lung und bei vorheriger Zustellung eines Schriftsatzes dessen Zustellung. Der im Auslande wohnende Kläger muß also den Zustellungsbevollmächtigten in der Klage benennen. In der Benennung des Zustellungsbevollmächtigten in der Verhandlung oder in dem Schriftsatze liegt seine Legitimation; ein weiterer Vollmachtsnachweis kann nicht verlangt werden. Die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gilt für alle Instanzen einschließlich der Zwangsvollstreckung. Die §§ 82, 83 finden darauf entsprechende Anwendung. Die Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten schließt die Zustellung an die Partei nicht aus.

3. An die Unterlassung der rechtzeitigen Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten — der die Fälle gleichzustellen sind, wenn die Bestellung ohne Ernennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht ausgeführt werden kann — knüpft der § 161 die Folge, daß die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der säumigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als zugestellt gelten soll, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt. Voraussetzung ist, daß die Adresse so, wie sie gewählt wurde, mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, die im Laufe des Prozesses ihren Wohnort ändert, ohne dies dem Gegner anzuzeigen, muß sich gefallen lassen, daß das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressiert wird. — Hat die Partei einen Prozeßbevollmächtigten, der aber außerhalb des im § 160 gezogenen Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter der Adresse des Prozeßbevollmächtigten (§ 162).

Die Zustellung durch Aufgabe zur Post findet sich noch in der CPrO. §§ 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 3, in der KO. § 69, in der RAO. § 19 Abs. 3, in d. VO. z. Ausf. d. Patentgesetzes ꝛc., v. 11. Juli 1891 (RGBl. S. 339) § 12 Nr. 2, im RG. z. Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 10 Abs. 3, sowie in preuß. Subh.Ordn. § 4 Nr. 3, bay. Subh.Ordn. Art. 19, württ. Subh.Ordn. Art. 3. Sie ist von der Zustellung durch die Post — § 176 — zu unterscheiden. Für die Zustellung durch Aufgabe zur Post gelten die in § 175 enthaltenen Bestimmungen, für die Zustellung durch die Post jene der §§ 176 ff. Die Zustellung durch Aufgabe zur Post ist vollendet mit der Aufgabe des betreffenden Schriftstücks zur Post; die Zustellung durch die Post erst mit der Behändigung des Schriftstücks an den Adressaten durch den Postboten. Für die Zustellung durch Aufgabe zur Post gelten *nicht* die in § 177 enthaltenen Vorschriften über die äußere Form des zur Post einzuliefernden Schriftstücks; Verschluß mit dem Dienstsiegel Bezeichnung mit einer Geschäftsnummer ꝛc. sind also nicht wesentlich. — Die Zustellung durch Aufgabe zur Post bedarf der Mitwirkung des Gerichtsvollziehers. Die Vermittlung durch den Gerichtsschreiber ohne Beiziehung des Gerichtsvollziehers ist *nicht* zugelassen (arg. a contr. § 179). Auch Zustellungen von Amtswegen können durch Aufgabe zur Post erfolgen. Frankierung der zur Post gegebenen Sendungen schreibt § 161 nicht vor. Wenn jedoch Briefe nach der betreffenden Richtung von der Post unfrankiert nicht befördert werden, so sind sie zu frankieren; denn die Aufgabe zur Post ist nicht bloße Form; die Sendung soll befördert werden.

Die Berechtigung, Zustellungen durch Aufgabe zur Post zu bewirken, hört im Falle des § 161 auf, sobald ein Zustellungsbevollmächtigter oder ein den Zustellungsbevollmächtigten überflüssig machender Prozeßbevollmächtigter aufgestellt wird oder wenn die Partei selbst ihren Wohnsitz an den Ort des Prozeßgerichts oder in den Bezirk des Amtsgerichts verlegt, worin das Prozeßgericht seinen Sitz hat. Solange aber der Gegner von solcher Veränderung nichts erfahren hat, gelten die durch Aufgabe zur Post bewirkten Zustellungen.

Digitized by Google

Fehlt es an den Voraussetzungen, unter denen das Gesetz die Zustellung durch Aufgabe zur Post gestattet, so ist die Zustellung ungültig. Die Ungültigkeit kann jedoch nach § 267 gehoben werden. [AM. OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 99.]

§ 162.

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

Mot. S. 148—150. KPr. S. 58, 529.

1. Die Zustellung der Klageschrift erfolgt an die Partei selbst oder an die ihr nach §§ 157 bis 159 gleichgestellten Personen. Alle weiteren Zustellungen, auch die der Entscheidungen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten (nicht an dessen Substituten, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 77) erfolgen. Über den Begriff des Prozeßbevollmächtigten s. § 77. Auf den nur zu einzelnen Prozeßhandlungen Bevollmächtigten (§ 79 Abs. 2) ist § 162 nicht anwendbar. — Zustellungen an den Bevollmächtigten und die Partei s. §§ 217, 223 Abs. 3.

2. Das Gebot, in dem anhängigen Rechtsstreite nicht der Partei, sondern ihrem Prozeßbevollmächtigten zuzustellen, kann nur Platz greifen, wenn die betreibende Partei das Dasein des Bevollmächtigten kannte oder hätte kennen müssen, d. i. aus Fahrlässigkeit übersah. [Vgl. RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 360, 27. April 1883 IX Nr. 100 S. 347, 18. Febr. 1885 XIV Nr. 99 S. 351, 20. Juni 1885 XIV Nr. 104 S. 375, 2. Juni 1886 XVI Nr. 86 S. 354, 12. Mai 1887 XVIII Nr. 89 S. 396.] Für die Bekanntgabe ist keine Form vorgeschrieben. Es genügt, daß ein Bevollmächtigter in einem Schriftsatze oder in einer Entscheidung benannt wurde oder daß er in der mündlichen Verhandlung aufgetreten ist. Ist der Prozeßbevollmächtigte in einer mündlichen Verhandlung aufgetreten, zu der der Gegner nicht erschienen war, so erfährt dieser regelmäßig bei der Zustellung des Versäumnisurteils das Dasein des Bevollmächtigten (denn dieser pflegt in der Zustellungsurkunde bei Angabe des betreibenden Teils und in dem Urteile angeführt zu werden und muß dann dem Bevollmächtigten zustellen. Ist der Bevollmächtigte weder in der Zustellungsurkunde noch in dem Urteile genannt oder das Urteil noch nicht zugestellt, so kann der Gegner zwar durch Erkundigung auf der Gerichtsschreiberei erfahren, ob ein Bevollmächtigter aufgetreten ist oder nicht; ob aber in der Unterlassung der Erkundigung eine Fahrlässigkeit zu erblicken ist, ist eine nach den Umständen des Falls zu beurteilende und wohl selten zu bejahende Frage [AM. Gaupp I S. 338]. Der Gegner hat sowohl im Anwalts- wie im Parteiprozesse dem Bevollmächtigten und nicht der Partei zuzustellen, auch wenn dessen Vollmacht nicht nachgewiesen ist, solange das Gericht den als Bevollmächtigten Auftretenden nicht wegen Mangels der Vollmacht zurückgewiesen hat. Dies gilt auch dann, wenn der Mangel der Vollmacht bereits von der Partei gerügt wurde (§ 84 Abs. 1) und wenn das Gericht bereits den Mangel der Vollmacht von Amtswegen berücksichtigte (§ 84 Abs. 2), aber den Betreffenden ohne Nachweis der Vollmacht zur Prozeßführung einstweilen zuließ (§ 85). Auch an den als Geschäftsführer ohne Auftrag nach § 85 Zugelassenen müssen die Zustellungen erfolgen, so lange dessen Zulassung dauert. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 338. AM. Endemann I S. 541.] Auf das Mahnverfahren findet das Vorstehende entsprechende Anwendung. Wer für einen anderen einen Zahlungsbefehl erwirkt oder Widerspruch erhebt, braucht nach § 643 keine Vollmacht nachzuweisen. Die Gegenpartei muß ihm aber als dem Bevollmächtigten zustellen, wenn er ihr benannt ist. Ebenso muß der Schuldner dem im Vollstreckungsbefehle oder in der Zustellungsurkunde benannten Bevollmächtigten des Gläubigers den Einspruch zustellen. Dagegen kann der Partei zugestellt werden, solange dem Gegner kein Bevollmächtigter benannt ist.

Digitized by Google

3. Entscheidungen: Das Urteil der höheren Instanz ist dem Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz zuzustellen, wenn in der höheren Instanz kein Prozeßbevollmächtigter bestellt war: RG. 9. März 1883 Entsch. VIII Nr. 126 S. 424, OLG. Braunschweig SA. XLVI Nr. 222. — Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind dem Prozeßbevollmächtigten zuzustellen: RG. 4. März 1883 Entsch. IX Nr. 95 S. 329, 26. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 115 S. 392, 24. März 1891 SA. XLVII Nr. 64. — Wenn aus Anlaß einer vom Berufungsgerichte wegen Verstoßes gegen § 477 Abs. 2 für wirkungslos erklärten Berufung ein Prozeßbevollmächtigter des Berufungsbeklagten für die zweite Instanz bestellt war, so ist das Urteil der ersten Instanz nicht diesem, sondern dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz zuzustellen: RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 108 S. 367. — Hat der für die Berufungsinstanz bestellte Rechtsanwalt nach Verkündung des Urteils die Anwaltschaft niedergelegt, so ist das Verfahren unterbrochen; das Urteil darf nicht dem Rechtsanwalte der Vorinstanz zugestellt werden: RG. 2. März 1883 Entsch. X Nr. 104 S. 347. — Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 276) ist dem Anwalte der ersten Instanz auch dann zuzustellen, wenn gegen das Urteil über den Betrag Berufung eingelegt und ein Anwalt für die Berufungsinstanz bestellt war: RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 354.

4. Zustellungen, die entgegen der Vorschrift des § 162 an die Partei selbst erfolgen, sind ungültig. [Vgl. RG. 26. März 1881 Entsch. IV Nr. 118 S. 414, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 70 sowie die oben in Bem. Nr. 3 cit. UU. AM. teilweise Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 383.] Es kann jedoch die Befugnis, die Verletzung des § 162 zu rügen, gemäß § 267 verloren gehen. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156.

5. Auch „Mitteilungen" (s. Bem. Nr. 2 vor § 152) sind an den Prozeßbevollmächtigten zu richten.

§ 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte infolge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urteils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

Mot. S. 148—150. KPr. S. 48, 529.

1. Gemäß § 163 verb. mit § 162 müssen Zustellungen, die das Verfahren vor dem Instanzgerichte infolge eines Einspruchs (§ 303), einer Aufhebung des Urteils des Instanzgerichts unter Zurückverweisung (§§ 500, 501, 528 Abs. 1, 2), einer Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 541 ff.) oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz (§§ 664—669, 672, 685—689, 693, 696) betreffen, an den Prozeßbevollmächtigten der Instanz erfolgen. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte (§§ 684, 685, 693) ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen, auch wenn das Vollstreckungsgericht nicht mit dem Gerichte der ersten Instanz zusammenfällt; die Zustellungen in diesem Verfahren müssen also an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz erfolgen, auch wenn er nicht im Bezirke des Vollstreckungsgerichts wohnt; es kann nicht die Aufstellung eines hier wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten verlangt werden. Zu dem Verfahren infolge eines Einspruchs, einer Wiederaufnahme eines neuen Vorbringens gehören schon die das Verfahren einleitenden Prozeßhandlungen, es muß also schon die Einspruchsschrift, die Wiederaufnahmeklage, die Widerspruchsklage dem Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden [vgl.

Digitized by Google

RG. 7. Apr. 1883 Beitr. z. Erl. d. DG. XXVII S. 1074]. Wegen der Folgen einer Verletzung des § 163 s. Bem. Nr. 4 zu § 162.

2. Aus den §§ 77, 78 ergiebt sich, daß Zustellungen, die die Hauptintervention (§ 61), die Exekutionsintervention (§§ 690, 710), die Zwangsvollstreckung einschließlich des Verteilungsverfahrens (insbes. Klagen nach § 764) oder das Verfahren über Arrest oder einstweilige Verfügung betreffen, an den Prozeßbevollmächtigten des Hauptprozesses erfolgen können. Da aber diese Verfahren in § 163 nicht angeführt sind, so ist die Zustellung an die Partei selbst hier nicht ausgeschlossen. [In Bezug auf die Hauptintervention nimmt RG. 24. Sept. 1884 Entsch. XV Nr. 124 S. 428 an, daß sie den Prozeßbevollmächtigten des Erstprozesses zugestellt werden müsse. In Bezug auf die Exekutionsintervention bestreitet Petersen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 362 ff. die Möglichkeit der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten (dageg. Voß Arch. f. c. Pr. LXXI S. 280), während Frommhold Widerspruchsklage (Breslau 1890) S. 277 meint, daß die Zustellung an den Bevollmächtigten erfolgen müsse; aber man kann doch nicht wohl annehmen, daß „neues Vorbringen in der Zwangsvollstreckungsinstanz" auch die Widerspruchsklage eines Dritten bezeichne. In Bezug auf die Klage nach § 764 vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 217.]

§ 164.

Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten; wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz, in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

Mot. S. 148—150. KPr. S. 58, 59, 529, 530.

1. Bei Zustellung eines Schriftsatzes, wodurch ein Rechtsmittel eingelegt wird, ist folgende Reihe einzuhalten: a) Prozeßbevollmächtigter der Rechtsmittelinstanz — b) Prozeßbevollmächtigter der zunächst nachgeordneten Instanz — c) Prozeßbevollmächtigter der ersten Instanz — d) Zustellungsbevollmächtigter der Partei — e) Partei — f) Post, wenn die Partei einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen hatte, aber nicht benannt hat (§§ 160, 161).

Einzelnes: Daß ein Prozeßbevollmächtigter für die Rechtsmittelinstanz von dem Gegner dessen, der das Rechtsmittel einlegt, bereits bestellt ist, kommt insbesondere dann vor, wenn von dem Gegner ein Rechtsmittel gegen dasselbe Urteil eingelegt wurde. Auch das ist möglich, daß jemand in der Voraussicht, daß der Gegner ein Rechtsmittel ergreifen werde, für die Rechtsmittelinstanz einen Prozeßbevollmächtigten bestellt und die Bestellung dem Gegner anzeigt. Dann hat die Zustellung des Schriftsatzes, wodurch das Rechtsmittel eingelegt wird, an den Prozeßbevollmächtigten der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen. [Vgl. RG. 20. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 105 S. 376, 12. Mai 1887 XVIII Nr. 89 S. 395, 14. Jan. 1889 Beitr. z. Erl. d. DR. XXXV S. 151.] Aber darin, daß eine Partei aus Anlaß einer früheren Rechtsmitteleinlegung des Gegners einen Prozeßbevollmächtigten für

Digitized by Google

die Rechtsmittelinstanz bestellt hatte, liegt keine Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten für den Fall weiterer Rechtsmitteleinlegung; denn die Vollmacht wird für die Instanz erteilt und wiederholte Rechtsmitteleinlegung in demselben Prozesse eröffnet jedesmal die Instanz aufs neue. Ist eine Rechtsmitteleinlegung wegen Verstoßes gegen das Prozeßgesetz (z. B. weil das Urteil noch nicht zugestellt war, § 477 Abs. 2, § 514 Abs. 2) ungültig, so hat also die Zustellung des Schriftsatzes, wodurch das Rechtsmittel aufs neue gegen dasselbe Urteil eingelegt wird, nicht an den aus Anlaß der früheren Rechtsmitteleinlegung vom Gegner bestellten Bevollmächtigten der Rechtsmittelinstanz, sondern an den nächsten in der obigen Reihe zu erfolgen. [Vgl. RG. 22. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 108 S. 369 für einen Fall, wo das Rechtsmittel wegen des prozessualischen Fehlers bereits rechtskräftig zurückgewiesen war. AM. RG. 18. Febr. 1885 Entsch. XIV Nr. 99 S. 350 ff. und 25. Jan. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1227 (auch Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 314) für den Fall, daß über das zuerst eingelegte Rechtsmittel noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Diese Entscheidungen dürften unrichtig sein; die Vollmacht gilt nur für die eröffnete Instanz, und die zweite Rechtsmitteleinlegung eröffnet die Instanz aufs neue. Vgl. Wach I S. 576 Nr. 27.] Ebenso hat die Zustellung des Schriftsatzes, wodurch ein Rechtsmittel eingelegt wird, nachdem gegen ein anderes Urteil in demselben Prozesse (Zwischenurteil, Teilurteil, Endurteil) bereits ein Rechtsmittel eingelegt worden war, nicht an den aus Anlaß der ersten Rechtsmitteleinlegung vom Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten, sondern an den nächsten in der obigen Reihe (also an den Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz ꝛc.) zu erfolgen. [Vgl. RG. 19. Mai 1883 Entsch. IX Nr. 103 S. 353, 20. Juni 1885 XIV Nr. 104 S. 371 ff., 2. Juni 1886 XVI Nr. 87 S. 354 f., 19. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 109, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 494. AM. RG. 25. Okt. 1882 SA. XXXIX Nr. 55 für den Fall, daß zuerst ein Zwischenurteil angefochten und dieses Verfahren noch rechtshängig war, als gegen das Endurteil Rechtsmittel eingelegt wurde. Diese Entscheidung dürfte aus dem oben angegebenen Grunde unrichtig sein.] Ist dem Prozeßbevollmächtigten der Partei, von dem die Einlegung des Rechtsmittels betrieben wird, nicht bekannt, daß der Gegner bereits einen Prozeßbevollmächtigten für die Rechtsmittelinstanz bestellt hat, und ist diese Unkenntnis nicht von ihm oder seiner Partei verschuldet, so erfolgt die Zustellung gültig an den nächsten in der Reihe. [Vgl. RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 358, 27. April 1883 IX Nr. 100 S. 346, 18. Febr. 1885 XIV Nr. 99 S. 351, 20. Juni 1885 XIV Nr. 104 S. 374 ff., 2. Juni 1886 XVI Nr. 87 S. 355, 12. Mai 1887 XVIII Nr. 89 S. 396.] — Das in der Berufungsinstanz ergangene Versäumnisurteil ist dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz, nicht der Partei, zuzustellen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten für die Berufungsinstanz nicht bestellt hatte [RG. 9. März 1883 Entsch. VIII Nr. 126 S. 427]. Ist der Rechtsanwalt der ersten Instanz nach Zustellung des Urteils weggefallen, so ist die Berufung der Partei zuzustellen [RG. 8. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 76 S. 310]. Vgl. dazu Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 221. — Hatte der Prozeßbevollmächtigte der ersten Instanz einen Prozeßbevollmächtigten für die Berufungsinstanz bestellt, so ist die Revisionsschrift diesem zuzustellen [RG. 10. Nov. 1888 Entsch. XXII Nr. 80 S. 397].

2. Nach Analogie des § 164 hat die Zustellung von Rechtsmittelschriften an den Staatsanwalt in Ehe- und Entmündigungsverfahren an den Staatsanwalt der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen [RG. 16. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 94 S. 405, 30. Juni 1887 eod. S. 407 Note, 14. März 1890 XXV Nr. 100 S. 419, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 280 u. SA. L Nr. 60, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 50].

3. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 164 macht die Zustellung nach Maß-

Digitized by Google

gabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig; die Ungültigkeit kann nach § 267 gehoben werden. [Abw. die herrschende Ansicht, s. Bem. Nr. 1 zu § 156.]

§ 165.

Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 580.

1. § 165 betrifft die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten; die Ersatzzustellung ist in den §§ 166—169 geregelt. Die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten kann an jedem in den Grenzen des Reichs gelegenen Orte erfolgen, wo der Adressat getroffen wird, ohne Rücksicht darauf, ob er dort wohnt. Unter „Ort" scheinen die Mot. S. 151 und die norddt. Prot. S. 356 eine Ansiedelung (Stadt, Dorf ꝛc.) zu verstehen. Aber eine Beschränkung auf Ansiedelungen wäre nicht durchführbar, da Zustellungen an Personen, die nicht in Ansiedelungen leben, z. B. Hirten, Chausseearbeiter, Bahnbauarbeiter, doch auch möglich sein müssen. [Vgl. Wilm. Levy N. 1. AM. Struckm. Koch N. 1, Gaupp I S. 342.]

Wird die Zustellung zu Händen des Adressaten an einem Orte versucht, wo er eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat, so kann er die Annahme der Zustellung außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals verweigern. „Wohnung" ist hier wie in den §§ 165 Abs. 2, 166, 167, 169 Abs. 2 (vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 160) nicht gleichbedeutend mit Wohnsitz [vgl. RG. 3. Apr. 1891 SA. XLVII Nr. 67, 16. Nov. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 494]. Wohnung ist die Stätte (das Haus, der Teil des Hauses, die Bretterbude, das Schiff ꝛc.), wo jemand für gewöhnlich zu schlafen pflegt. Nach Umständen kann die Wohnung jemandens im Gasthofe (vgl. Mot. S. 151) oder im Hause des Gastfreundes sein. Es kann jemand eine Wohnung an einem Orte haben, wo er keinen Wohnsitz hat. — „Geschäftslokal" ist die Stätte, wo jemand für gewöhnlich seinen Berufsgeschäften obliegt [vgl. RG. 22. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 85 S. 349].

Hat der Adressat an dem Orte, wo er von dem Gerichtsvollzieher oder Postboten angetroffen wird, weder Wohnung noch Geschäftslokal, so kann er die Annahme nirgends verweigern. Die Zustellungsbeamten sollen nicht unpassende Stätten oder unpassende Gelegenheiten zur Zustellung wählen (vgl. Mot. S. 151, wo Kirchen und andere gottesdienstliche Gebäude als unpassende Stätten bezeichnet werden; ferner preuß. GA. f. GV. § 24). Übrigens ist nicht bloß die Zustellung, die der Adressat an einer unpassenden Stätte angenommen hat, gültig, sondern der Adressat, der an dem Orte, wo er angetroffen wird, weder Wohnung noch Geschäftslokal hat, kann die Annahme deswegen, weil die Stätte unpassend sei, nicht verweigern. Daß er sich gegen den Gerichtsvollzieher beschweren kann, ist eine andere Sache. — Wer an dem Orte der Zustellung Wohnung oder Geschäftslokal hat, verliert die Befugnis, die Annahme außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals zu verweigern, nicht dadurch, daß die Zustellung in der Wohnung oder dem Geschäftslokale vergeblich versucht wurde.

2. Eine Feststellung, daß bei einer außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals erfolgten Zustellung die Annahme nicht verweigert worden ist, bedarf es nicht, da gemäß § 174 Nr. 5 die Verweigerung der Annahme in der Zustellungsurkunde festgestellt sein müßte.

Digitized by Google

§ 166.

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirt oder Vermieter erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 580.

1. Die §§ 166—170 regeln die Ersatzzustellung, d. i. die Zustellung, bei der die für den Adressaten bestimmten Schriftstücke einer anderen Person mit derselben Wirkung behändigt oder bei ihr zurückgelassen werden, wie wenn sie dem Adressaten behändigt worden wären. Jede Ersatzzustellung setzt voraus, daß der Adressat noch lebt. Die Gültigkeit der Ersatzzustellung ist unabhängig davon, ob das zugestellte Schriftstück an den Adressaten gelangt. Die Vorschriften über Ersatzzustellung finden auch bei Zustellungen nach §§ 158, 159, 162 sowie bei Zustellungen an den gesetzlichen Vertreter der Partei Anwendung [vgl. Birkenbihl Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 262 ff.], nicht bei Zustellungen nach § 181.

Erfolgt eine Ersatzzustellung an eine Person, an die sie unter den gegebenen Umständen nicht hätte erfolgen dürfen, so ist die Zustellung ungültig. Sie wird auch nicht dadurch gültig, daß das zuzustellende Schriftstück nachträglich in die Hände des Adressaten gelangt. Doch kann auf die Rüge der Gesetzesverletzung verzichtet und es kann die Befugnis, sie zu rügen, nach § 267 ausgeschlossen werden (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 156). Daß die Ersatzzustellung an eine Person, an die sie nach den Umständen nicht hätte erfolgen dürfen, an und für sich ungültig ist und daß diese Ungültigkeit durch Verzicht und Präklusion gehoben werden kann, wird allgemein anerkannt. Dagegen besteht Meinungsverschiedenheit über den Fall, in dem das Schriftstück zwar an jemand ausgehändigt wurde, an die Ersatzzustellung nicht hätte erfolgen dürfen, aber gleichwohl rechtzeitig in die Hände des Adressaten gelangte. In einem solchen Falle liegt es nahe, anzunehmen, daß die Zustellung nicht als ungültig angefochten werden könne, weil der Adressat durch den Verstoß gegen die Vorschriften über Ersatzzustellung keinen Nachteil erlitten hat. Ist z. B. eine Ladung unrichtig zugestellt, aber gleichwohl an die Partei gelangt und die Partei im Termine erschienen, so soll — so wird behauptet — die Partei nicht die Befugnis haben, den Mangel der Zustellung zu rügen. Aber auch in diesen Fällen dürfte die Rüge des Mangels zulässig sein. Die Regeln über Ersatzzustellung sind dem franz. Prozeßrechte nachgebildet. Der C. de proc. art. 70 sagt ausdrücklich, daß die betreffenden Vorschriften einzuhalten seien à peine de nullité. In der RCPrO. sind solche Androhungen der Ungültigkeit grundsätzlich nicht zum Ausdrucke gelangt; es darf daher aus dem Fehlen einer Androhung nicht auf die Gültigkeit geschlossen werden. Bei der Beratung, woraus der nordd. Entw. hervorging, wurde die Frage besprochen, aber nicht entschieden (nordd. Prot. II S. 366, cit. in Ztschr. f. d. CPr. I S. 76 und in Entsch. XVII S. 407 f.); die dort gemachte Unterscheidung zwischen Mängeln der Form und Mängeln des Inhalts der Zustellung ist nicht haltbar. Da die Gültigkeit einer Ersatzzustellung darauf beruht, daß unter gewissen Umständen eine andere Person zur Empfangnahme der Zustellung für den Adressaten ermächtigt wird, so ist unrichtige Ersatzzustellung ebenso wie eine Zustellung an eine Person, die irrtümlich als Bevollmächtigter der Partei angesehen wurde, zu be-

Digitized by Google

handeln; es kann daher, soweit nicht in dem Verhalten der Partei eine Genehmigung der Zustellung liegt oder das Rügerecht nach § 267 ausgeschlossen ist, die Ungültigkeit auch von der erschienenen Partei gerügt werden. [Vgl. Struckm. Koch 6. Aufl. N. 2 vor § 166, Wilm. Levy N. 1 zu § 156 und N. 1 zu § 166, Gaupp I S. 327 u. 344, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 63 ff., Klein eod. XV S. 493 ff., RG. 21. Juni 1884 Entsch. XIII Nr. 83 S. 337, 12. Nov. 1884 XIV Nr. 95 S. 338, 3. Juli 1888 XXI Nr. 76 S. 391; s. a. Wernz Komm. z. bay. PrO. Art. 218 S. 223. AM. Petersen Ztschr. f. d. CPr. I S. 70 ff., Komm. (2) S. 293 und RG. 18. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 101 S. 403 ff.]

2. Ersatzzustellung nach § 166 setzt voraus, daß der Adressat eine Wohnung (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 165) hat, daß der GV. oder Postbote in der Wohnung sich einstellt und den Adressaten nicht antrifft. Durchsuchen muß der GV. die Wohnung nicht. Über das Nichtantreffen ist Konstatierung nötig (§ 174 Nr. 4). Diese liefert als öffentliches Zeugnis (§ 383) vollen Beweis. Gegenbeweis ist aber zulässig. Wird der Adressat in seiner Wohnung nicht angetroffen, so kann zunächst in der Wohnung den in Abs. 1 genannten Personen und erst, wenn auch solche nicht angetroffen werden, den in Abs. 2 genannten ersatzweise zugestellt werden. Wird die Zustellung nach Abs. 2 ausgeführt, so ist zu konstatieren (§ 174 Nr. 4), daß auch keine der in Abs. 1 bezeichneten Personen in der Wohnung angetroffen wurde.

3. Zu Abs. 1: Ein „zu der Familie gehörender Hausgenosse" ist, wer dauernd (nicht bloß auf Besuch) mit dem Adressaten zusammen wohnt und thatsächlich mit der Familie des Adressaten zusammen lebt. Verwandtschafts-, Schwägerschafts-, Pflegschaftsverhältnis wird meistens vorhanden sein, ist aber nicht wesentlich. Verwandtschaft ohne Hausgenossenschaft genügt nicht. Ein Zimmerherr gehört nicht zur Familie. (Vgl. KPr. S. 59.) „Erwachsen" ist im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen. Eine bestimmte Altersgrenze läßt sich nicht ziehen. [Vgl. RG. 12. Nov. 1887 Entsch. XIV Nr. 95 S. 338, wo eine Zustellung an einen elfjährigen Knaben als ungültig behandelt wird.] „In der Familie dient", wer dauernd der Familie seine Dienste leistet; ein in der Familie vorübergehend beschäftigter Lohndiener dient nicht in der Familie. Hausgenossenschaft des Bediensteten ist nicht erforderlich (KPr. S. 530). Der Bedienstete muß erwachsen im angegebenen Sinne sein. Daß eine für die dienende Person bestimmte Zustellung an den Dienstherrn erfolgen kann, steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetze, wird aber aus dem Gesetze zu folgern sein. [Vgl. Rump Arch. f. c. Pr. LXXVII S. 312 ff., Boß Ztschr. f. GV. VI S. 3, 11.]

An die in Abs. 1 des § 166 bezeichneten Personen kann ersatzweise zugestellt werden, auch wenn sie sich weigern, das Schriftstück anzunehmen; in diesem Falle ist nach § 170 zu verfahren. Die an eine der in Abs. 1 genannten Personen erfolgte Ersatzzustellung ist gültig, auch wenn die betreffende Person Prozeßgegner des Adressaten ist [RG. 28. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 102 S. 409].

4. Zu Abs. 2: Wer Hauswirt oder Vermieter ist, ist thatsächliche Frage. Der sog. Bizewirt steht dem Hauswirte gleich. An diese Personen kann nur, wenn sie zur Annahme des Schriftstücks bereit sind, zugestellt werden. Zustellung an die Familienangehörigen des Hauswirts oder Vermieters ist nicht gestattet. Dem Portier des Spitals, worin der Adressat krank liegt, kann nicht zugestellt werden [OLG. Karlsruhe SA. XLIV Nr. 138].

5. Die Ordnungsmäßigkeit einer nach § 166 erfolgten Ersatzzustellung ist nicht dadurch bedingt, daß der Adressat kein Geschäftslokal hat. Ebensowenig ist es nötig, daß die Zustellung nach § 168 versucht wurde, ehe zur Zustellung nach § 166 geschritten wird.

Digitized by Google

Eine Ausnahme hiervon ist in § 169 Abs. 2 bezüglich der in § 169 Abs. 1 bezeichneten Personen gemacht.

§ 167.

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thüre der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mitteilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. § 167 ist nur anwendbar, wenn der Adressat eine Wohnung (über den Begriff Wohnung s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 165) hat und die Zustellung nach § 166 vergeblich versucht wurde. Daß auch versucht wird, nach § 168 zuzustellen, ist nicht erforderlich. Der § 167 ist nicht anwendbar, wenn eine Zustellung deswegen nicht ausführbar ist, weil Landesgesetze dem GV. verbieten, zur Nachtzeit in Privatwohnungen einzudringen [RG. 15. Febr. 1893 Entsch. XXX Nr. 131 S. 426]. Über das Verhältnis des § 167 zu § 169 s. Bem. Nr. 1 zu § 169.

2. Der Gerichtsvollzieher hat zwischen der Niederlegung des Schriftstücks auf der Gerichtsschreiberei des Amtsbezirks, an dem Orte der Zustellung bei der Postanstalt, bei dem Gemeindevorsteher oder bei dem Polizeivorsteher freie Wahl.

Über die Behandlung der auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts niedergelegten Schriftstücke s. preuß. JMVerf. v. 7. Jan. und 29. April 1880 (JMBl. S. 6, 95). — Über die Behandlung der bei der Postanstalt niedergelegten Schriftstücke s. Verf. d. Gen.-Postm. v. 29. Dez. 1879 (Amtsbl. d. Post- und Tel.Verw. S. 471), Verf. d. Staatssekr. d. RPostamts v. 19. April 1880 (Amtsbl. d. RPostamts S. 143) und bay. Bek. v. 20. Dez. 1889 (G. u. VBl. S. 681). — Über die Behandlung der bei dem Gemeinde- oder Polizeivorsteher niedergelegten Schriftstücke s. preuß. Verf. d. M. d. J. v. 14. April 1880 (JMBl. S. 96); bay. Bek. v. 16. Aug. 1879 (G. u. VBl. S. 1001). Über die Behandlung dieser Schriftstücke in Württemberg: Verf. v. 29. Sept. 1880 (RgBl. S. 209).

3. Für die an der Thüre der Wohnung zu befestigende Anzeige ist keine Form vorgeschrieben. Zweckmäßiger Weise wird die Anzeige eine kurze Bezeichnung des Schriftstücks nebst Angabe der Prozeßparteien enthalten. Die Angabe des Orts, wo das Schriftstück niedergelegt wird, muß in der Anzeige enthalten sein. Das Niederlegen des Schriftstücks kann vor und nach der Anheftung geschehen. Beendigt ist der Zustellungsakt erst, wenn beides geschehen ist.

Auch für die Bekanntgabe an die Nachbarn ist keine Form bestimmt. Regelmäßig wird sie mündlich erfolgen. Da die Bekanntgabe an die Nachbarn nur „soweit thunlich" vorgeschrieben ist, so beeinträchtigt die Unterlassung die Gültigkeit der Zustellung nicht.

§ 168.

Für Gewerbtreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokal nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehülfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Ge-

Digitized by Google

schäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Der Gerichtsvollzieher hat die Wahl zwischen der Zustellung in der Wohnung nach § 166, eventuell nach § 167 und der Zustellung im Geschäftslokale [vgl. RG. 9. Apr. 1891 SA. XLVII Nr. 159]. Er kann, nachdem die Zustellung nach § 166 vergeblich versucht ist, zur Zustellung nach § 168 übergehen. — Die Unmöglichkeit einer Zustellung im Geschäftslokale (§ 168) genügt noch nicht, um zur Zustellung nach § 167 überzugehen; erst muß die Zustellung nach § 166 vergeblich versucht worden sein, ehe nach § 167 verfahren werden kann.

2. Zu Abs. 1: a) Der Begriff „Gewerbetreibende" ist nach dem gemeinen Sprachgebrauch aufzufassen. Ob der Betreffende unter die Bestimmungen der Reichs-Gewerbeordnung fällt, ist gleichgültig. Auch Kaufleute, Fabrikanten, Apotheker sind Gewerbetreibende; nicht aber Künstler, Ärzte, Schriftsteller.

b) Über den Begriff „Geschäftslokal" s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 165. Es macht keinen Unterschied, ob das Geschäftslokal von dem Adressaten allein oder mit anderen zusammen benutzt wird [RG. 22. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 85 S. 350]. Ist das Geschäftslokal ein besonderes, d. i. außerhalb der Wohnung gelegenes, so ist hier eine Ersatzzustellung nur an die Gewerbegehülfen, nicht auch an Familienangehörige, Dienstboten, den Hauswirt ꝛc. (§ 166) möglich. Liegt dagegen das Geschäftslokal innerhalb der Wohnung des Geschäftstreibenden, so ist Ersatzzustellung sowohl an die Gewerbegehülfen wie auch an die in § 166 bezeichneten Personen möglich [RG. 23. Mai 1883 Entsch. X Nr. 109 S. 360].

c) Wer „Gewerbegehülfe" ist, ist eine thatsächliche Frage. Gesellen (ohne Unterschied, ob sie auf Stücklohn oder Tagelohn arbeiten), Buchhalter, Comptoiristen, Verkäufer, Commis, auch sog. Volontärs, fallen unter den Begriff; nicht Fabrikarbeiter.

3. Zu Abs. 2: Über den Begriff „Geschäftslokal" s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 165. Liegt das Geschäftslokal des Anwalts außerhalb seiner Wohnung, so ist die Ersatzzustellung im Geschäftslokale nur an einen Gehülfen oder Schreiber zulässig, nicht auch an die in § 166 bezeichneten Personen [RG. 12. Juli 1882 SA. XXXVIII Nr. 175 erklärt die Zustellung an einen im Geschäftslokale anwesenden Dienstboten für ungültig]. Liegt dagegen das Geschäftslokal innerhalb der Wohnung, so ist Ersatzzustellung im Geschäftslokal nach § 166 wie auch nach § 168 zulässig (s. o. Bem. Nr. 2 litt. b). Zustellung an einen Gehülfen oder Schreiber außerhalb des Geschäftslokals ist ungültig [RG. 9. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 254]. Gehülfe eines Rechtsanwalts ist auch ein Referendar, der regelmäßig zu Hause schriftliche Arbeiten für den Rechtsanwalt anfertigt und die Vertretung des Rechtsanwalts vor den Amtsgerichten häufig übernimmt [RG. 19. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 122 S. 427]; natürlich muß der Referendar im Geschäftslokale anwesend sein. — Auf die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist § 168 nicht anwendbar.

§ 169.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Digitized by Google

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Für die Ersatzzustellung an die gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher (vgl. § 157 Abs. 2) einer Behörde, einer Gemeinde oder eines Personenvereins gelten folgende Besonderheiten. Eine Ersatzzustellung kann, wenn der Betreffende ein Geschäftslokal (über den Begriff s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 165) hat, nur in dem Geschäftslokale, nur in den gewöhnlichen, nach Dienstreglement oder Sitte zu bestimmenden Geschäftsstunden [sonst ungültig nach Maßgabe der Bem. Nr. 1 zu 156, s. RG. 3. Juli 1888 Entsch. XXI Nr. 76 S. 390] an einen anderen dort anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden. Sie ist aber nicht bloß zulässig, wenn der Vertreter ꝛc. nicht angetroffen wird, sondern auch, wenn er anwesend, aber durch andere Geschäfte an der Annahme gehindert ist. Wird in dem Geschäftslokale niemand angetroffen, an den die Ersatzzustellung nach § 169 erfolgen könnte, so bleibt nichts übrig, als die Zustellung zu anderer Zeit wiederum im Geschäftslokale oder in der Wohnung zu eigenen Händen des Adressaten zu versuchen. — Hat der Adressat kein besonderes Geschäftslokal, so ist Ersatzzustellung in der Wohnung nach §§ 166, 167 möglich.

2. Für die Zustellung zu eigenen Händen des gesetzlichen Vertreters ꝛc. gelten keine Besonderheiten; er kann also die Zustellung, die ihm in seiner Wohnung gemacht wird, nicht deswegen zurückweisen, weil er ein Geschäftslokal hat oder weil sie außerhalb der Geschäftsstunden erfolgt.

§ 170.

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. § 170 gilt für die Zustellung zu eigenen Händen des Adressaten, wie für Ersatzzustellungen nach §§ 166 Abs. 1, 168, 169.

2. Ein gesetzlicher Grund zur Verweigerung der Annahme besteht a) für den Adressaten selbst, wenn die Zustellung an einem Orte, wo er eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat, außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals versucht wird. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 165. b) Für denjenigen, dem als Ersatzmann zugestellt werden soll, wenn die Voraussetzungen zur Ersatzzustellung (§§ 166—169) fehlen. c) Für beide, wenn die Zustellung entgegen der Vorschrift des § 171 an einem Sonn- oder Feiertage ohne richterliche Erlaubnis versucht wird. Dagegen kann derjenige, dem zugestellt werden soll, die Annahme der Zustellung nicht deswegen verweigern, weil einer anderen Person (z. B. dem Prozeßbevollmächtigten) zuzustellen wäre. Die richtige Wahl der Person, an die zuzustellen ist, ist Sache des betreibenden Teils. Ein Fehlgriff geschieht auf seine Gefahr.

3. Die Verweigerung der Annahme ist nach § 174 Nr. 5 festzustellen. Die Zustellung nach § 170 an eine Person, die die Annahme verweigern darf, ist nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig.

§ 171.

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubnis erfolgen.

Die Erlaubnis wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erteilt;

Digitized by Google

sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem erteilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubnis erteilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzuteilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Welche Tage als allgemeine Feiertage zu betrachten sind, bemißt sich nach dem Rechte des Orts der Zustellung (Mot. S. 151). Bestimmungen darüber enthalten: Preuß. Edikt v. 12. März 1754, V. v. 28. Jan. 1773, V. v. 4. März 1789 (Feiertage sind danach: Weihnachten, Ostern, Pfingsten, je zwei Tage, Neujahr, Bußtag, Charfreitag, Himmelfahrt; der Bußtag ist durch die Gesetze v. 12. März 1893, GS. S. 29, 30 bestimmt); Württemb. V. v. 28. Juni 1849 und AG. z. GVG. Art. 135; Hess. AG. z. CPrO. Art. 2; Sachs.-Weim.-Eisenach AG. z. CPr. § 3; Sachs.-Altenb. AG. z. CPrO. § 6; Sachs.-Kob.-Gotha AG. z. CPrO. § 4; Sachs.-Meiningen AG. z. CPrO. § 4; Reuß ä. L. AG. z. CPrO. § 8; Reuß j. L. AG. z. CPrO. § 4; Schwarzb.-Sonderh. AG. z. CPrO. § 3; Lippe AG. z. CPrO. § 3; Els.-Lothr. Ges. v. 19. Okt. 1887 GBl. S. 79. Sind gesetzliche Bestimmungen darüber nicht vorhanden, so entscheidet der Ortsgebrauch.

2. Die Erlaubnis zur Zustellung an Sonn- und Feiertagen ist nach dem freien Ermessen des Gerichts, jedoch nur in Ausnahmefällen zu erteilen (Mot. S. 151). Gefahr im Verzuge wird die regelmäßige Voraussetzung zur Erteilung der Erlaubnis sein. Gebührenfreiheit: GKG. § 47 Nr. 12; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1 und 29 Nr. 6.

3. § 171 findet nicht Anwendung auf Zustellungen durch Aufgabe zur Post (s. Bem. Nr. 3 zu § 161), nicht auf die Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an die Post (§ 177), nicht auf Zustellungen durch die Postboten (§§ 176, 179). Dieses ergiebt sich arg. a contr. aus 178 Abs. 1, wo § 171 nicht angeführt ist. [So auch Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 349, Petersen (2) S. 296, Fitting Lehrb. (7) § 39 N. 38. AM. Struckm. Koch N. 1, Endemann I S. 554, A. Förster N. 4.] Die Ausschließung der Zustellungen durch Postboten an Sonn- und Feiertagen wäre auch kaum durchführbar. — Für Zustellungen von Anwalt zu Anwalt gilt § 171 nicht [vgl. RG. 22. Dez. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1174].

4. Eine unter Verletzung der Vorschriften des § 171 bethätigte Zustellung ist nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze und mit Vorbehalt des Abs. 4 des § 171 ungültig [AM. Heilblut Arch. f. CPr. LXIX S. 246].

5. Zustellungen zur Nachtzeit sind durch die CPrO. nicht verboten, während Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit durch § 681 untersagt sind. Wenn ein Landesgesetz, wie z. B. das preuß. Ges. vom 12. Febr. 1850 (GS. 1850 S. 45), das Betreten von Privatwohnungen durch Beamte zur Nachtzeit untersagt, so verstoßen Zustellungen zur Nachtzeit, soweit dabei eine Privatwohnung betreten wird, gegen das Landesgesetz, aber nicht gegen die CPrO. Da die Gültigkeit einer civilprozessualischen Zustellung nach dem Reichsrechte zu beurteilen ist, so ist die Zustellung zur Nachtzeit trotz dem Verstoße gegen das Landesgesetz gültig. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 349, Petersen (2) S. 296, Endemann I S. 551, Hellmann Komm. I S. 494 u. Lehrb. S. 174, Fitting Lehrb. (7) § 39 N. 38. Die gegenteilige von Struckm. Koch N. 4, v. Bülow N. 3 und in Aufl. 1—5 dieses Komm. vertretene, auf Mot. S. 151 und KPr. S. 359 sich stützende Ansicht wird dem Verhältnisse

Digitized by Google

zwischen Reichs- und Landesrecht nicht gerecht. Unrichtig ist die Ansicht von A. Förster N. 5, der die Vorschrift des § 681 auf Zustellungen anwenden will.] Wenn der GV. mit Rücksicht auf ein Landesgesetz der bezeichneten Art die Zustellung zur Nachtzeit nicht ausführen darf, so kann er nicht zur Zustellung nach § 167 greifen [RG. 15. Febr. 1893 Entsch. XXX Nr. 131 S. 426]. Durch die Dienstesinstruktion kann den Gerichtsvollziehern und Postboten die Zustellung zur Nachtzeit allgemein oder mit Vorbehalt besonderer Erlaubnis untersagt werden (vgl. preuß. GA. f. GV. § 8). Aber derartige Bestimmungen der Dienstesinstruktionen können nicht bewirken, daß die dagegen verstoßende Zustellung ungültig ist.

§ 172.

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Beteiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Übergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Übergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Beteiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Beteiligte vorhanden sind.

Mot. S. 150—152. KPr. S. 59, 530.

1. Unter „Vertreter" ist hier sowohl der gesetzliche Vertreter als der Prozeßbevollmächtigte und der nach § 85 aufgestellte Geschäftsführer zu verstehen.

2. „An einem von mehreren Vertretern" sc. desselben Beteiligten.

§ 173.

Über die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.

Mot. S. 144, 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Zu Abs. 1: Die Aufnahme einer Zustellungsurkunde gehört zu einer dem Prozeßgesetze entsprechenden Zustellung. Zustellung ohne die Aufnahme einer Urkunde über die Zustellung ist keine ordnungsmäßige Zustellung, daher ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze. [So auch Gaupp I S. 350 f., A. Förster N. 2; vgl. a. für das vorbildliche franz. Recht Garsonnet Traité theorique et pratique de procédure (Paris 1885) II S. 183 ff. AM. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 299, Endemann I S. 557, die die Aufnahme der Zustellungsurkunde nicht als einen zu dem Zustellungsgeschäft gehörigen Akt, sondern als bloßes Beweismittel für die sich ohne Beurkundung vollziehende Zustellung betrachten. Diese Auffassung scheitert an dem Imperativ des Gesetzes. Auch sagen die Mot. S. 152: „Die §§ 166—168 (= §§ 173 bis 175 d. CPrO.) betreffen den Zustellungsakt." Eine Hinneigung zu der gegnerischen Ansicht findet sich in den UU. d. RG. (V. CS.) v. 19. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 66 und v. 15. März 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1082. Abweichend hiervon erklärt derf. Senat 8. März 1884 Entsch. XI Nr. 106 S. 404 die förmliche Zustellung bestehe in der Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks und in einer bestimmten Beurkundung dieses Akts, aller-

Digitized by Google

dings ohne die Frage ex professo zu entscheiden. Im U. v. 5. Oktober 1887 Entsch. XIX Nr. 85 S. 425 tritt das RG. für die Notwendigkeit der Beurkundung ein, jedoch zunächst nur bei Zustellung von Anwalt zu Anwalt.] Das Recht, den in der Nichtaufnahme einer Zustellungsurkunde gelegenen Verstoß gegen das Prozeßgesetz zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156 und Mot. S. 153.

Daß die Zustellungsurkunde aufgenommen wurde, kann nicht bloß durch die Zustellungsurkunde, sondern bei deren Verlust auch durch andere Beweismittel dargethan werden, gerade wie die Beurkundung eines privatrechtlichen Geschäfts, dessen Gültigkeit von der Errichtung einer Urkunde abhängt, auch durch andere Beweismittel als die Urkunde erwiesen werden kann [vgl. RG. 31. Jan. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 740].

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift des § 173 Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn Ausfertigungen zuzustellen (vgl. § 156 nebst der Bem. Nr. 2). Die Urschrift der Zustellungsurkunde ist in diesem Falle ein selbständiges Dokument.

3. Zu Abs. 3: Wird dem Adressaten keine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben, so ist die Zustellung mangelhaft und ungültig nach Maßgabe der Bem. Nr. 1 [AM. die dort als dissentierend angeführten Schriftsteller, sowie Gaupp I S. 351 und RG. 15. März 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1083]. Das gleiche gilt, wenn die Abschrift nicht beglaubigt ist; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156. Weicht die Abschrift von der Urschrift ab, so finden die in Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung; es ist also die Urschrift maßgebend; nur ist dem Empfänger Schutz zu gewähren, wenn durch einen Fehler in der Abschrift eine Versäumnis oder sonst ein Nachteil herbeigeführt ist [vgl. RG. 24. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 128 S. 434].

4. Zu Abs. 4: Das Original der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar direkt vom Gerichtsvollzieher, auch wenn der Auftrag durch Vermittlung des Gerichtsschreibers ergangen ist. Ist dem Gerichte des Nachweis der Zustellung zu liefern, so hat die Partei die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde dem Gerichte vorzulegen (Mot. S. 152). Die Editionspflicht des Gegners ergiebt sich aus § 387 Nr. 2.

5. Über die Beweiskraft der Zustellungsurkunde s. Bem. Nr. 8 zu § 174.

§ 174.

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1) Ort und Zeit der Zustellung;
2) die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3) die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4) die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5) im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;

Digitized by Google

6) die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;

7) die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

Mot. S. 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Zu Nr. 1: „Ort" d. i. Stadt, Dorf, Weiler ꝛc. Die Angabe des Raumes ist nur erforderlich, soweit sie nach §§ 165—169 belangreich ist. — „Zeit" d. i. regelmäßig nur der Tag. Die Angabe der Stunde kann aber durch besondere Umstände, z. B. um die Priorität einer Pfändung festzustellen, veranlaßt sein.

2. Zu Nr. 2: Am besten wird bei den auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellungen der Vorschrift des Gesetzes dadurch entsprochen, daß die nach Namen oder Parteirolle angeführte Partei als diejenige Person bezeichnet wird, für die zugestellt werden soll. Statt dessen kann auch gesagt werden, daß die Zustellung im Auftrage der Partei oder für den Prozeßbevollmächtigten der Partei oder in dessen Auftrag vollzogen werde; denn es ergiebt sich daraus, daß die Zustellung für die Partei vorgenommen ist. [Vgl. RG. verein. CS. 3. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 100 S. 401.] Es ist gleichgültig, ob im Anwaltsprozesse der zuständige Anwalt oder die Partei als Auftraggeber des Gerichtsvollziehers auftritt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 74). Ist in der Urkunde anstatt der Partei oder ihres Prozeßbevollmächtigten eine andere Person als diejenige, für die zugestellt werden soll, genannt, so ist die Zustellung gültig, wenn jene Person von der Partei oder dem Prozeßbevollmächtigten mit dem Betriebe der Zustellung beauftragt war oder wenn nachträgliche Genehmigung erteilt wurde [RG. 1. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 103 S. 411 ff., 17. Dez. 1892 XXX Nr. 120 S. 389 ff.].

3. Zu Nr. 3: Die Angabe eines falschen Vornamens macht die Zustellung nicht ungültig [bay. ob. LG. SA. XL Nr. 153]. Sind zwei Prozeßbevollmächtigte aufgestellt, so können beide zusammen als die Person, an die zugestellt werden soll, bezeichnet werden [RG. 22. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 92 S. 416].

4. Zu Nr. 4: Bezieht sich auf die Zustellung nach §§ 166—169 (Ersatzzustellung).

5. Zu Nr. 5: Vgl. § 170.

6. Zu Nr. 6: Die Bezeichnung des zuzustellenden Schriftstücks nach seinem Inhalte ist entbehrlich, wenn die Zustellungsurkunde auf die Urschrift des mitzuteilenden Schriftstücks oder auf einen damit verbundenen Bogen gesetzt ist. Wird eine Ausfertigung zugestellt, so ist die Bezeichnung nach dem Inhalte nötig.

7. Zu Nr. 7: Die Unterschrift des Empfängers ist nicht erforderlich.

8. Sind die Vorschriften des § 174 nicht beachtet, so ist die Zustellung nicht ordnungsmäßig und daher nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 vgl. mit Bem. Nr. 1 zu § 173 entwickelten Sätze ungültig; arg. „muß enthalten". Die in § 174 vorgeschriebenen urkundlichen Konstatierungen gehören zu dem Thatbestande einer ordnungsmäßigen Zustellung. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 352 f., A. Förster N. 2, RG. 25. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1076, 5. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 85 S. 425. AM. Wilm. Levy N. 1, Hellmann I S. 511, Petersen (2) S. 300, Endemann S. 557, 559, Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 383 f., RG. 19. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 66, sowie teilweise Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 69 f. Die gegnerische Ansicht führt notwendig zu der Folgerung, daß die Aufnahme einer Zustellungsurkunde überhaupt nicht wesentlich für den Bestand der Zustellung sei; denn wenn die einzelnen in § 174 angeordneten Beurkundungen jede für sich unwesentlich ist, so kann die urkundliche Feststellung irgend eines Vorgangs bei der Zustellung überhaupt nicht zum Thatbestande der Zustellung gehören.] Daß

Digitized by Google

eine dem Inhalte nach dem § 174 entsprechende Zustellungsurkunde errichtet wurde, kann auch durch andere Mittel als die Urkunde selbst dargethan werden (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 173).

9. Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde; sie begründet vollen Beweis aller darin bezeugten Thatsachen (§ 383); also namentlich auch hinsichtlich der Zeit und des Orts der Übergabe des Schriftstücks, der Person des Empfängers ꝛc. Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig (§ 383 Abs. 2) und kann durch alle Beweismittel geführt werden. Wegen der Beweiskraft einer äußerlich nicht einwandsfreien (z. B. radierten, korrigierten) Urkunde s. § 384 nebst den Bemerkungen.

Auch eine Zustellungsurkunde, die ihrem Inhalte nach dem § 174 nicht entspricht, hat, wenn sie unterschrieben ist, die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde. Aber die Thatsachen, die damit bewiesen werden, füllen den zum ordnungsmäßigen Zustellungsgeschäft erforderlichen Thatbestand nicht aus und das Fehlende kann nicht durch andere Beweismittel ergänzt werden. [AM. die in Bem. Nr. 8 als dissentierend cit. Schriftsteller.]

§ 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

Mot. S. 152, 153. KPr. S. 59, 530.

1. Über Zustellung durch Aufgabe zur Post im Gegensatze zur Zustellung durch die Post s. Bem. Nr. 3 zu § 161. § 175 gilt für alle Fälle, in denen die Zustellung durch Aufgabe zur Post zugelassen ist.

2. Hat die Partei, an die durch Aufgabe zur Post zugestellt werden soll, nach § 161 Abs. 2 verlangt, daß die Sendung mit „Einschreiben" bezeichnet werde, so ist der Einlieferungsschein der Zustellungsurkunde beizufügen.

§ 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

Mot. S. 141—143, 153, 154. KPr. S. 5, 61, 62, 530.

1. Die Zustellung durch die Post (Reichspost, bayerische und württemb. Post) ist nur im Deutschen Reiche möglich. Jeder Gerichtsvollzieher (und nach § 179 Gerichtsschreiber) im Deutschen Reiche kann die Zustellung durch die Post vermitteln. Direktes Angehen der Post durch die Parteien oder deren Bevollmächtigte ist nicht zulässig.

2. Die Zustellung „durch die Post" setzt sich aus zwei Akten zusammen: Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks in Abschrift an die Postanstalt und Zustellung des Schriftstücks durch den Postboten. Erst mit dem zweiten Akte ist die Zustellung beendigt. Geht das Schriftstück auf der Post verloren oder unterbleibt dessen Zustellung aus einem anderen Grunde, so hat der erste Akt keine Wirkung. Nicht der Zeitpunkt der Übergabe zur Post, sondern jener der Zustellung durch den Postboten ist der Zeitpunkt der Zustellung.

3. Zwischen Zustellung durch die Post und Zustellung durch den Gerichtsvollzieher hat zunächst die betreibende Partei und, wenn diese keine Anweisung erteilt, der Gerichtsvollzieher (im Falle des § 179 der Gerichtsschreiber) die Wahl. Wegen der Mehrkosten einer durch den Gerichtsvollzieher bewirkten Zustellung s. § 180.

§ 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher einen durch sein Dienstsiegel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zu-

Digitized by Google

gestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Übergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

Mot. S. 141—143, 153, 154. KPr. S. 61—63, 530.

1. Über jeden der zwei Akte, aus denen sich die „Zustellung durch die Post" zusammensetzt (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 176), ist eine Urkunde aufzunehmen. Die Urkunde, worin die Übergabe zur Post bezeugt wird, hat der GV. aufzunehmen. Sie muß bezeugen, daß der nach der Geschäftsnummer und Adresse bezeichnete Briefumschlag der Postanstalt mit dem Ersuchen, die Zustellung einem Postboten aufzutragen, übergeben wurde. Da die Urkunde des Postboten die betreibende Partei nicht angiebt (s. § 178 Abs. 2), so ist deren Angabe in der Urkunde des Gerichtsvollziehers wohl unentbehrlich, obgleich in § 178 nichts davon gesagt ist. Die Formulare sind für diese Angabe eingerichtet. Nicht wesentlich ist die Angabe des Tags, an dem das Schriftstück der Post übergeben wurde; instruktionell kann diese Angabe vorgeschrieben werden. Wegen des bei der Übergabe zu benutzenden Formulars s. Postordnung f. d. DR. v. 11. Juni 1892 (CBl. f. d. DR. S. 428, bay. G. u. VBl. S. 279) § 26 und Postordnung f. d. Königreich Bayern v. 1. Mai 1889 (G. u. VBl. S. 204) § 21. Daß der GV. selbst das Schriftstück bei der Postanstalt einliefern müsse, um die Übergabe bezeugen zu können, ist im Gesetze nicht bestimmt. Die Gültigkeit der Zustellung leidet also nicht darunter, daß er die Einlieferung durch einen Gehülfen besorgen läßt und, etwa auf Grund seines Postbuchs, die Übergabe bezeugt [vgl. Bl. f. RA. LIV S. 81 ff. AM. Wilm. Levy N. 3].

Daß der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine Abschrift der vom GV. über die Übergabe an die Post errichteten Urkunde beigelegt und vom Postboten zugestellt werde, ist zur Gültigkeit der Zustellung nicht erforderlich; denn es ist weder direkt im Gesetze bestimmt, noch kann es aus § 173 Abs. 3 gefolgert werden; als Zustellungsurkunde, deren Abschrift dem Adressaten zuzustellen ist, kann nur die Urkunde des Postboten (§ 178 Abs. 2) in Betracht kommen. [Vgl. Gaupp I S. 356, RG. 18. Sept. 1885 Entsch. XIV Nr. 111 S. 392, 5. Febr. 1886 XV Nr. 114 S. 412, OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. VI S. 63, OLG. Karlsruhe eod. VII S. 342. AM. Fischer Beitr. z. Erl. d. DR. XXV S. 807, Wilm. Levy N. 2 zu § 178.] Aber es ist zweckmäßig, die Abschrift jener Urkunde beizulegen, um den, übrigens auch mit anderen Mitteln herstellbaren, Beweis der Identität des ausgehändigten Schriftstücks mit dem zuzustellenden zu sichern. Die Verf. des preuß. JM. v. 16. Juni 1883 (JMBl. S. 191) weist die GV. an, eine Abschrift der die Übergabe zur Post bezeugenden Urkunde beizulegen.

2. Ob die Post für den Schaden hafte, der dadurch entsteht, daß die Zustellung nicht oder nicht richtig oder verspätet erfolgt, ist aus dem Postgesetz v. 28. Okt. 1871 (RGBl. S. 347) §§ 6—15 zu beurteilen.

§ 178.

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 165—170.

Über die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außer-

Digitized by Google

dem die Übergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlags sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.

Mot. S. 153, 154. KPr. S. 63, 530.

1. Die von dem Postboten über die Zustellung aufzunehmende Urkunde hat für die Zustellung die gleiche Bedeutung, wie die nach § 173 vom GV. aufzunehmende Urkunde, ist also nach der in Bem. Nr. 1 zu § 173 und Bem. Nr. 8 zu § 174 begründeten Ansicht wesentlicher Bestandteil des Zustellungsgeschäfts [vgl. RG. 25. Sept. 1884 Beitr. z. Erl. d. DR. XXIX S. 1076]. Die Urkunde des Postboten enthält nicht die Bezeichnung des betreibenden Teils (§ 174 Nr. 2) [vgl. RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XV Nr. 114 S. 412]. An Stelle der in § 174 Nr. 6 für die Zustellungsurkunde des GV. vorgeschriebenen Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder Abschrift übergeben sei, tritt in der Zustellungsurkunde des Postboten die Bestätigung, daß ein Briefumschlag mit Dienstsiegel und der zu bezeichnenden Adresse und Geschäftsnummer übergeben worden sei. Eine Bescheinigung des Empfängers ist hier sowenig nötig, wie bei der Zustellung durch den GV. Die Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde hat der Postbote ebenso wie der GV. zu bezeugen.

2. Vollzugsvorschriften zu § 178 enthalten die Postordnung f. d. DR. v. 11. Juni 1892 (ZBl. f. d. DR. S. 428, bay. G. u. VBl. S. 279) §§ 41, 44 und die Postordnung für d. Königreich Bayern v. 1. Mai 1889 (G. u. VBl. S. 204) §§ 21, 25 XVIII, 37 IX; dazu die bay. Bekanntm. v. 20. Dez. 1889 (G. u. VBl. S. 681). Speziell über Nachsendung bei Wechsel des Aufenthalts vgl. d. Verf. d. Gen. Postm. v. 27. Dez. 1879 (Postamtsbl. Nr. 80).

§ 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.

Mot. S. 144, 153, 154. KPr. S. 63, 64, 530, 531, 665, 666. Prot. Nr. 164 Anl. K S. 9.

1. Zustellungen unter Vermittlung des Gerichtsschreibers sind nach § 152 im Parteiprozesse zulässig. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 152 und die §§ 458, 462. Der Gerichtsschreiber hat die Wahl zwischen der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§§ 154, 155), der dann wieder durch die Post zustellen lassen kann, und dem in § 179 bezeichneten Wege. Ein Antrag, der diesen Weg obligatorisch machen wollte, sofern nicht die Partei die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher ausdrücklich verlangt, wurde abgelehnt (KPr. S. 63 f.). Beauftragt die Partei den Gerichtsschreiber, den einen oder den anderen Weg zu betreten, so ist dieser Auftrag maßgebend. Reglementarische Bestimmungen — preuß. GA. f. d. Gerichtsschr. d. AG. v. 1. Aug. 1879 § 17, bgl. f. d. Gerichtsschr. d. LG. v. 3. Aug. 1879 § 17 (JMBl. S. 230); bgl. f. d. Gerichtsschr. d. OLG. v. 8. Sept. 1879 § 18 (JMBl. S. 324) und bad. Dienstanw. f. d. Gerichtsschr. v. 19. Juli 1879 § 30 (G. u. VBl. S. 386) — weisen den Gerichtsschreiber an, den Gerichtsvollzieher stets zu den Zustellungen heranzuziehen, wo nicht Gefahr im Verzuge ist.

2. Die Bem. Nr. 1 zu § 177 findet auf Zustellungen unter Vermittlung des Ge-

Digitized by Google

richtsschreibers entsprechende Anwendung. — Daß der Gerichtsschreiber selbst das Schriftstück bei der Postanstalt einliefern müsse, um die Übergabe bezeugen zu können, ist im Gesetze nicht bestimmt. Die Gültigkeit der Zustellung leidet also nicht darunter, daß er die Einlieferung durch einen Gehülfen (Boten) besorgen läßt und die Einlieferung auf Grund von dessen Angaben oder auf Grund eines Postbuchs bezeugt. Über die Frage, ob dies zulässig sei, fand in der JK. des RT. eine längere Debatte statt, nach deren Schluß der Vorsitzende zu Protokoll feststellte, „daß nach Meinung der Kommission bei Annahme des Paragraphen („Antrags" ist Druckfehler, s. die Berichtigungen zu den Prot.) die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten haben würde, daß er selbst zur Post gegangen sei, sondern auch dahin lauten könne, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe." Diese Konstatierung wurde in die Zusammenstellung der von der Justizkommission des Reichstags beschlossenen sog. authentischen Interpretationen (Anlage K zum Prot. Nr. 164 S. 9) aufgenommen. Unter „Gerichtsvollzieher" ist, wie die vorangegangene Debatte ersehen läßt, hier der mit dem sog. Gerichtsbotendienst betraute Beamte, der Gerichtsbote, gemeint; man nahm an, daß dieser „Gerichtsvollzieher" heißen werde, was nicht zugetroffen ist. Jedenfalls wollte die Kommission aussprechen, daß Unterbeamte im Auftrage des Gerichtsschreibers die zuzustellenden Schriftstücke zur Post tragen können. Ob ein solcher Unterbeamter das Zeugnis über die Übergabe an die Post selbst ausstellen kann, ist eine Frage, die sich nur auf Grund der für die Gerichtsschreibereien erlassenen Organisationsverordnungen (vgl. GVG. § 154) beantworten läßt. Durch das Reichsgesetz ist keinesfalls ausgeschlossen, daß der Gerichtsschreiber auf Grund der von seinem Unterbeamten ausgeführten, im Postbuche bestätigten Übergabe die nach § 177 auszustellende Urkunde über die Übergabe zur Post selbst ausstelle. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Gaupp I S. 359 bei N. 2, Petersen (2) S. 310. Abweichende Ansichten bei Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 3.]

3. Auf Zustellungen von Amtswegen, auch auf Zeugenladungen, ist § 179 anwendbar; denn diese Zustellungen werden stets durch den Gerichtsschreiber vermittelt. [Vgl. Mot. S. 143, Gaupp I S. 359. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 152, N. 1 zu § 179 N. 1 zu § 342.]

4. Wegen der Gebühren s. Bem. Nr. 4 vor § 152.

§ 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurteilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.

Mot. S. 154. KPr. S. 64, 531.

1. Der Unterschied zwischen den Kosten der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher und den Kosten der Zustellung durch die Post darf nicht zu den notwendigen Kosten (§ 87) gerechnet werden, wenn die Zustellung durch die Post hätte erfolgen können. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist nach freiem Ermessen zu beurteilen.

2. Vgl. a. GO. f. GV. § 3 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881: „Ist eine Zustellung durch den GV. bewirkt, obgleich sie mit geringeren Kosten durch die Post hätte erfolgen können, so erhält derselbe die Mehrkosten nur, wenn er zur Vornahme der Zustellung ohne Benützung der Post ermächtigt ist." Diese Bestimmung ist auch dann anwendbar, wenn der Gerichtsvollzieher durch Vermittlung des Gerichtsschreibers angegangen ist.

§ 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Digitized by Google

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

Mot. S. 143, 154. KPr. S. 71, 72, 531, 532.

1. Litteratur: Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 381 ff.

2. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist nicht nur im Anwaltsprozesse, sondern auch im Parteiprozesse gestattet, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind (KPr. S. 531 f.). Sie ist nicht auf Zustellungen in der Instanz beschränkt, sondern z. B. auch dann zulässig, wenn der die Einlegung eines Rechtsmittels bezweckende Schriftsatz dem Anwalte der Vorinstanz zugestellt wird. [Vgl. OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 176 und RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414.]

3. Zur ordnungsmäßigen Zustellung von Anwalt zu Anwalt gehört:

a) Die Übergabe der beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Wegen des Mangels der Beglaubigung vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 156. Das Recht, den Mangel der Beglaubigung zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen; vgl. die Bem. N. 1 zu § 156.

b) Das schriftliche, mit Datum und Unterschrift versehene Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist [vgl. RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 414]. Die Zustellung wird erst durch die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses vollendet, nicht schon durch Einlieferung des Schriftstücks in das Anwaltsbureau [vgl. OLG. Kiel SA. XLVIII Nr. 66, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 113]. Das Empfangsbekenntnis kann auf die Urschrift oder auf ein besonderes Papier geschrieben werden RG. 11. Juni 1881 SA. XXXVI Nr. 300]. Es muß datiert und vom Anwalte unterschrieben sein. Der Unterschrift des Anwalts steht gleich die eines nach RAO. § 25 Abs. 1 und 2 (nicht Abs. 3!) aufgestellten Stellvertreters und des nach RA. § 19 aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten eines nicht am Orte des Gerichts, wo er zugelassen, wohnhaften Anwalts; nicht die eines anderen Zustellungsbevollmächtigten, auch wenn der Zustellungsbevollmächtigte selbst Anwalt wäre. Die Unterschrift des Anwalts kann nicht durch die eines Gehülfen oder Schreibers ersetzt werden [vgl. bay. ob. LG. SA. XLIV Nr. 53]. Der Mangel eines ordnungsmäßigen Empfangsbekenntnisses macht die Zustellung ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze [vgl. RG. 5. Okt. 1887 Entsch. XIX Nr. 85 S. 426]. Daß ein schriftliches Empfangsbekenntnis ausgestellt wurde, kann aber nicht bloß durch die dieses Empfangsbekenntnis enthaltende Urkunde, sondern auch auf andere Weise erwiesen werden; denn von der Frage, ob die für den Zustellungsakt wesentlichen Formvorschriften beobachtet seien, ist die Frage, in welcher Weise die Beobachtung dieser Formvorschriften nachgewiesen werden können, zu trennen. [Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 173 sowie RG. 31. Jan. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 740 18. Febr. 1885 Entsch. XIV Nr. 99 S. 349. Scheinbar widersprechend RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V S. 414; aber dieses U. will offenbar nur die Existenz des Empfangsbekenntnisses als wesentlich bezeichnen.]

Durch das Empfangsbekenntnis kann sowohl die Partei, für die zugestellt wurde, wie die Partei, an die zugestellt wurde, die Zustellung der Abschrift des darin bezeichneten Schriftstücks, den Zeitpunkt der Zustellung und, wenn der Empfang einer beglaubigten Abschrift bestätigt ist, die Beglaubigung der Abschrift beweisen [vgl. RG. 17. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 82 S. 336]. Nach allen Richtungen steht der Gegenbeweis offen. Es kann bewiesen werden, daß überhaupt keine Zustellung erfolgte [vgl. RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 374, wo auch der richtige Satz ausgesprochen ist, daß eine Verein-

Digitized by Google

barung der Anwälte, eine nicht geschehene Zustellung als geschehen anzunehmen, wirkungslos sei]; es kann die Unrichtigkeit des Datums dargethan werden [RG. 27. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 89 S. 328 ff., 17. März 1885 XIII Nr. 95 S. 366, 22. Dez. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1173, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 113]; es kann, solange die Rüge des Mangels zulässig ist, der Mangel der Beglaubigung erwiesen werden [vgl. RG. 13. Okt. 1882 Entsch. IX Nr. 118 S. 414].

4. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt kann auch in der Art geschehen, daß der betreibende Anwalt die Urschrift nebst der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks unter der Adresse des Gegenanwalts zur Post giebt, worauf dieser die Urschrift nebst dem Empfangsbekenntnisse zurückleitet; oder auch, da die Aufsetzung des Empfangsbekenntnisses auf die Urschrift nicht nötig ist, in der Art, daß der betreibende Anwalt die Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks unter der Adresse des Gegenanwalts zur Post giebt, worauf dieser die Empfangsbestätigung sendet. Der Posteinlieferungsschein ersetzt das Empfangsbekenntnis des Anwalts nicht.

5. Als „Ersatzzustellung" nach §§ 166—169 ist die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ebensowenig denkbar, als sie gegen den Willen des Anwalts unter Zurücklassung der Abschrift erfolgen kann [vgl. bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 67]. Verweigert der Anwalt, dem zugestellt werden soll, die Annahme des Schriftstücks oder die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses, so ist durch den Gerichtsvollzieher zuzustellen.

6. Das Gericht kann die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß eine Zustellung durch den Gerichtsvollzieher erfolgte, während sie unmittelbar von Anwalt zu Anwalt hätte erfolgen können, als nicht notwendige Kosten im Sinne des § 87 behandeln [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 257]; doch wäre dies bei Zustellungen, die zur Wahrung von Fristen dienen, unbillig, weil das Empfangsbekenntnis verweigert werden kann.

§ 182.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residierenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 582.

1. Ausland = das nicht zum Deutschen Reiche gehörige Gebiet. Die deutschen Schutzgebiete sind im Sinne des § 182 Ausland. Über Zustellungen in diesen Gebieten s. Bem. Nr. 5 vor § 152.

2. Nach der vom Reichs-Justizamte entworfenen, in den Bundesstaaten durch Verfügungen der Justizverwaltungsbehörden (in Preußen Verf. v. 3. Sept. 1880 JMBl. S. 205, in Bayern Verf. v. 26. Juli 1881 JMBl. S. 360) eingeführten Instruktion zu §§ 182, 185 sind die Ersuchungsschreiben zu richten:

„1) an die fremden Landesbehörden nur unter der Voraussetzung, daß nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen ein direkter Schriftwechsel mit den Behörden des betreffenden Landes zulässig ist;

2) in allen übrigen Fällen a) an den Konsul, sofern anzunehmen ist, daß die Zustellung ohne diplomatische Verwendung bei der fremden Regierung bewirkt werden kann; welche Voraussetzung allgemein zutrifft in Großbritannien und Irland nebst Kolonien, in den vereinigten Staaten von Amerika und in den Bezirken der mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Konsulate, in den übrigen Ländern aber nur dann, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, erweislich oder präsumtiv dem Deutschen Reiche angehört; b) an den Gesandten in denjenigen Fällen, in welchen die Voraussetzungen zu a) nicht

Digitized by Google

gegeben sind." Das bay. Min. fügt bei: „Wo bay. Gesandtschaften bestehen, sind die Requisitionen in den sub 2 b bezeichneten Fällen an diese zu richten." Zustellungen im CPr. können aber nach § 182 bloß durch Gesandte des Reichs, nicht der Bundesstaaten, erfolgen. Nur wenn der bay. Gesandte mit der Vertretung des Reichs-Gesandten betraut ist — s. Versailler Vertr. Schlußprot. v. 23. Nov. 1870 Ziff. VII BGBl. 1871 S. 24 — kann er Zustellungen im Civilprozesse besorgen.

Ad. 1. Von Reichswegen: besteht ein Übereinkommen mit der Schweiz, das allen deutschen Gerichtsbehörden direkten Verkehr mit allen schweizerischen gestattet (CBl. f. d. DR. 1879 S. 6, preuß. JMBl. S. 20). Über den Verkehr mit ausländischen Behörden bestehen außerdem in den einzelnen Bundesstaaten Verordnungen und Verträge. Für Preußen: Verf. v. 20. Mai 1887 (JMBl. S. 140) Nr. 6, Verf. v. 9. März 1893 (JMBl. S. 70) v. 22. April 1893 (JMBl. S. 124); ferner Vereinbarungen über den Verkehr zwischen den Gerichten in den Grenzbezirken mit den Behörden der russischen Grenzbezirke v. 4. Febr./23. Jan. 1879 (GS. 138), dazu Verf. v. 9. Febr. 1882 (JMBl. S. 32), ferner Übereinkunft v. 29./17. Aug. 1883 (GS. S. 72) und Erklärung v. 28./16. Jan. 1893 (GS. S. 83). Für Bayern: Bekanntm. v. 28. Nov. 1887 (JMBl. S. 279), v. 17. Okt. 1890 (JMBl. S. 291) und v. 1. Juli 1893 (JMBl. S. 227). Für Sachsen: VO. v. 6. Febr. 1891 (JMBl. S. 9) und v. 8. Apr. 1893 (JMBl. S. 28). Für Württemberg: Verf. v. 15. Sept. 1888 (Amtsbl. d. JM. S. 43) und v. 28. Mai 1890 (Amtsbl. des JM. S. 40). Für Baden: Bekanntm. v. 15. Febr. 1888 (G. u. VBl. S. 103) und vom 15. Okt. 1890 (G. u. VBl. S. 643). Für Elsaß-Lothringen: Verf. v. 2. Aug. 1887 (Samml. v. Ges. u. VO. betr. die Justizverwaltung XII S. 335) und v. 24. Jan. 1888 (Sammlung ꝛc. XIII S. 34).

Ad 2a. Wegen Zustellung durch die Reichskonsuln vgl. BG. v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) § 19: „Die Bundeskonsuln können innerhalb ihres Amtsbezirks an die dort sich aufhaltenden Personen auf Ersuchen der Behörden eines Bundesstaates Zustellungen jeder Art bewirken"; ferner RG. v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 10. Das RG. gestattet also den Konsuln Zustellungen sowohl an Deutsche wie an Ausländer. Eine andere Frage ist, ob nach dem ausländischen Rechte Zustellungen an Nichtdeutsche den Konsuln gestattet sind. Darüber s. o. Ziff. 2 litt. a. Die Konsuln in Österreich-Ungarn dürfen nur zustellen, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit der Person, an die zugestellt werden soll, außer Frage steht (preuß. JMBl. 1881 S. 159, bay. JMBl. 1881 S. 362).

Ad 2a und b: Die preuß. Gerichte sind durch Min.Verf. v. 3. Sept. 1880 (JMBl. S. 205) angewiesen, die Ersuchungsschreiben direkt an die Konsuln und Gesandtschaften zu senden ohne Vermittlung des auswärtigen Amts. In Bayern sind die Ersuchungsschreiben an die Konsuln und Gesandtschaften durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft dem Just.Min. vorzulegen, das deren Weiterbeförderung sowie die Rücksendung der Zustellungszeugnisse veranlaßt. Dienstesvorschr. f. d. StA. v. 1862 § 51, JMV. v. 12. Aug. 1872 (JMBl. S. 209) vgl. a. JMV. v. 26. Juli 1881 (JMBl. S. 360). Wegen der Kosten s. bay. JMV. v. 8 Jan. 1884 (JMBl. S. 3).

3. Die Zustellung im Auslande ist nicht mit dem Gesuche um die Zustellung bewirkt, sondern erst durch deren Ausführung im Auslande. Vgl. § 185 Bem. Nr. 3. Wegen Zurückdatierung gewisser Wirkungen der ausgeführten Zustellung s. § 190.

4. Ist die Zustellung im Auslande unausführbar, so kann nach § 186 Abs. 2 die öffentliche Zustellung erfolgen.

5. In gewissen Fällen (§§ 740, 743, 761) kann die Zustellung im Auslande unterbleiben. Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande erfolgen müßte (§ 628 Abs. 2).

Digitized by Google

§ 183.

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittels Ersuchens des Reichskanzlers.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Welche Deutsche im Reiche oder in einem deutschen Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, ergiebt GVG. §§ 18—21. Welche Deutsche im Auslande das Recht der Exterritorialität genießen, ist nach den Gesetzen des Auslandes und nach den Staatsverträgen zu beurteilen. Für beide Gruppen von Exterritorialen gilt § 183 und zwar einerlei, ob sie sich im Auslande oder im Inlande aufhalten. Die Exterritorialität besteht in der Befreiung von der inländischen Gerichtsbarkeit. Zu der Gerichtsbarkeit gehört die Zustellung durch Organe der Gerichte. Innerhalb des Staates, in dem jemand Exterritorialität genießt, kann ihm daher weder durch Gerichtsvollzieher noch durch Postboten, die in Bezug auf die Zustellung als Beamte des betreffenden Bundesstaates fungieren, sondern nur nach § 183 zugestellt werden. Dies gilt auch, wenn der Exterritoriale als Kläger auftrat, sowie in den gegen einen Exterritorialen am forum rei sitae (GVG. § 20) im Inlande zulässigen Prozesse; denn die Unterwerfung unter die Jurisdiktion eines einzelnen Gerichts beseitigt noch nicht die dem Exterritorialen zu gut kommende Fiktion des „Nicht-im-Inlande-seins". Beispiele: a) Dem bayerischen Bevollmächtigten zum Bundesrate kann innerhalb Preußens nicht anders als nach § 183 zugestellt werden. Auch Zustellung durch einen Postboten in Preußen auf Requisition eines bayerischen oder sächsischen Gerichtsvollziehers ist unzulässig. b) Sowie sich der bayerische Bevollmächtigte zum Bundesrate außerhalb Preußens aufhält, kann ihm durch Gerichtsvollzieher und Postboten zugestellt werden. Dies gilt auch in dem Falle, wenn die Zustellung ein bei einem preußischen Gerichte anhängiges Verfahren betrifft; ob der Zustellungsempfänger mit Rücksicht auf seine Exterritorialität sich dem preußischen Gerichte gegenüber ablehnend verhalten kann ist eine von der Gültigkeit der Zustellung unabhängige Frage. c) Der für Bayern beglaubigte preußische Gesandte hat in München Grundbesitz und soll hier am forum rei sitae verklagt werden. Solange er sich innerhalb Bayerns aufhält, kann die Klage ihm nur nach § 183 zugestellt werden. Sowie er sich außerhalb Bayerns aufhält, ist eine Zustellung durch Gerichtsvollzieher und Postboten möglich. d) An den in London beglaubigten deutschen Gesandten kann, wenn er sich in Deutschland aufhält, eine Zustellung durch Gerichtsvollzieher und Postboten erfolgen.

2. Über Zustellungen an Ausländer, die in Deutschland oder in einem Bundesstaate das Recht der Exterritorialität genießen, enthält die CPrO. keine Bestimmung. Aus GVG. § 18 folgt, daß ihnen innerhalb des Staates, in dem sie dieses Recht genießen, nicht durch Gerichtsvollzieher oder Postboten zugestellt werden kann; denn jede Zustellung durch GV. oder Postboten beruht auf Gerichtsbarkeit. Zustellungen an solche Personen müssen nach Analogie des § 182 erfolgen; denn der Eintritt des Exterritorialen in das Inland ändert nichts an seinem Verhältnisse zur inländischen Jurisdiktion.

3. Eine den Vorschriften des § 183 zuwiderlaufende Zustellung ist ungültig nach Maßgabe der in Bemerkung Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze.

Digitized by Google

§ 184.

Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppenteile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Die Mobilmachung eines Truppenteils erfolgt durch den Kaiser (RVerf. Art. 63 Abs. 4, auch für Württemb. BGBl. 1870 S. 662), in Bayern durch den König von Bayern auf Veranlassung des Kaisers (Vertr. v. 23. Nov. 1870, RGBl. 1871 S. 9, II § 5 Abs. 4 Ziff. III). Wegen des mobilen Zustandes in der Marine s. MStrGB. § 164. Der Begriff der „Indienststellung" ist weiter, als der des mobilen Zustandes. Die „Indienststellung" eines Schiffes erfolgt durch Befehl des Kaisers.

2. Das Ersuchen kann auch an eine Kommandobehörde gerichtet werden, die nicht die zunächst vorgesetzte ist. Die Zustellung wird nicht, wie im Falle des § 158, durch Übergabe an die Kommandobehörde, sondern erst mit der Aushändigung des Schriftstücks an den Adressaten bewirkt.

3. Durch § 184 ist die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher unter Beobachtung des § 158 nicht ausgeschlossen, solange der mobilisierte Truppenteil noch im Inlande oder ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug noch im deutschen Gebiete ist. Auch die Zustellung nach § 182 ist durch § 184 nicht ausgeschlossen.

§ 185.

Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

Mot. S. 154, 155. KPr. S. 72, 532.

1. Zuständig zur Erlassung des Ersuchungsschreibens ist der Vorsitzende des Gerichts (der Kammer, des Senats), bei dem das Verfahren, worauf sich die Zustellung bezieht, anhängig ist oder anhängig werden soll; also bei der Zustellung einer Rechtsmittelschrift der Vorsitzende der Rechtsmittelinstanz; bei einer Zustellung, die sich auf ein Verfahren zur Sicherung des Beweises bezieht, der Vorsitzende des um die Beweiserhebung angegangenen Gerichts; bei Zustellungen, die sich auf das Verfahren vor einem ersuchten Richter beziehen, der Amtsrichter; bei Zustellungen im Vollstreckungsverfahren der Vorsitzende des Vollstreckungsgerichts ꝛc.

2. Bei Zustellungen von Amtswegen sind die Ersuchungsschreiben von Amtswegen zu erlassen; sonst auf Gesuch der Partei, für die zugestellt werden soll. Im Anwaltsprozesse ist das Gesuch schriftlich von dem Anwalte einzureichen; im Parteiprozesse kann das Gesuch auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 458, 462). Gegen Abweisung findet Beschwerde statt (§ 530). Das Ersuchungsschreiben wird durch den Gerichtsschreiber expediert.

3. Der Nachweis der Zustellung erfolgt durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörde oder des ersuchten Beamten. Für die Gültigkeit der Zustellung ist es gleich, auf Grund welcher Vorgänge dieses Zeugnis erteilt wird. Insbesondere kann nicht gegen die Gültigkeit der Zustellung eingewendet werden, daß die Art und Weise, in der die ausländische Behörde, der Konsul oder Gesandte die Zustellung im Auslande ausführte, nicht den Vorschriften des ausländischen Gesetzes entspreche. Das Zeugnis muß die Zeit der

Digitized by Google

Zustellung ersehen lassen; das ergiebt sich aus dem Zwecke. Das Zeugnis hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (§ 383). Es ist der betreibenden Partei auszuhändigen, wenn die Zustellung nicht von Amtswegen erfolgte.

§ 186.

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff., 485, 582.

1. Über die geschichtliche Entwicklung der sog. öffentlichen Zustellung (Ediktalzitation) s. Wetzell § 67 N. 78 ff. S. 909 ff. In ihrer modernen Gestalt ist die öffentliche Zustellung keine wirkliche Zustellung, sondern Ersatz der Zustellung.

Die ö. Z. ist nur bei Zustellung an Parteien (Haupt- und Nebenparteien) zulässig. Eine Streitverkündung kann öffentlich zugestellt werden, da der Litisdenunziat als künftige Nebenpartei in Betracht kommt. Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen kann nicht öffentlich zugestellt werden, da § 186 nur die ö. Z. an Parteien gestattet. Aber in dem Zwischenstreite über Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens ist eine ö. Z. an den Zeugen oder den Sachverständigen möglich, da er in dem Zwischenstreite Partei ist. Ö. Z. an den Drittschuldner (§ 730) ist nicht zulässig (s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 730).

2. Die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung sind unbekannter Aufenthalt oder Unausführbarkeit einer Zustellung im Auslande nach § 182 oder voraussichtliche Erfolglosigkeit einer solchen Zustellung. Unter welchen Voraussetzungen unbekannter Aufenthalt anzunehmen ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen (KPr. S. 12). Gewöhnlich wird eine Bescheinigung der Polizeibehörde des letzten Wohnorts verlangt werden, aber auch genügen. Kann einem Generalbevollmächtigten (§ 162) oder einem curator absentis zugestellt werden, so findet keine ö. Z. statt. Daß eine cura absentis eingeleitet werden könnte, hindert die ö. Z. nicht. Unausführbar oder voraussichtlich erfolglos ist die Zustellung im Auslande, wenn im Auslande keine geordneten Staatseinrichtungen bestehen, auch keine Konsuln oder Gesandte des Reichs residieren oder wenn die ausländischen Behörden die Besorgung von Zustellungen verweigern, z. B. wegen Kriegszustandes. Umständlichkeit und Kostspieligkeit der ausländischen Zustellung ist kein Grund zur ö. Z. [vgl. OLG. Darmstadt SA. XLV Nr. 222]. Die deutschen Schutzgebiete sind Ausland im Sinne des § 186; wegen Ausführung der Zustellungen s. Bem. Nr. 5 vor § 152.

3. In den Fällen der §§ 683, 740, 743, 761 kann eine Zustellung, die öffentlich erfolgen müßte, unterbleiben. Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn öffentliche Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgen müßte (§ 628 Abs. 2).

§ 187.

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines

Digitized by Google

Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff., 435, 532.

1. Soll eine öffentliche Zustellung für eine Partei erfolgen, so hat diese die Bewilligung der ö. Z. von Fall zu Fall bei dem Prozeßgerichte nachzusuchen. Prozeßgericht ist das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist oder anhängig werden soll, auf das die Zustellung sich bezieht. Nach RG. 29. Sept. 1885 Entsch. XV Nr. 91 S. 547 ist das Gesuch um gleichzeitige ö. Z. des Urteils und der dieses anfechtenden Rechtsmittelschrift an die Rechtsmittelinstanz zu richten. Im Anwaltsprozesse ist das Gesuch schriftlich durch den Anwalt einzureichen; im Parteiprozesse kann es auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (arg. §§ 458, 462). Wegen Kostenvorschusses s. GKG. §§ 79 Nr. 3, 84. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119; wegen Zustellung der Entscheidung s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 294. Gegen die Abweisung findet Beschwerde statt (RG. § 530).

2. Zu einer öffentlichen Zustellung von Amtswegen ist kein Gesuch der Partei, wohl aber ein Beschluß des Prozeßgerichts erforderlich. [Vgl. Struckm. Koch § 187 N. 1, Gaupp I S. 369 bei N. 2, Petersen (2) S. 319, A. Förster N. 1, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 623. AM. Endemann I S. 574, Wilm. Levy § 187 N. 1. Das niemals stichhaltige Argument, daß der Kosten halber ein Gesuch abzuwarten sei, ist durch den durch Ges. v. 26. Juni 1881 Art. 2 in das GKG. eingefügten § 80b „Für die von Amtswegen bewirkten Zustellungen werden bare Auslagen nicht erhoben" ganz hinfällig geworden.]

3. Die vom Gerichte bewilligte öffentliche Zustellung ist gültig, auch wenn sich hintendrein herausstellt, daß die Voraussetzungen dazu nicht vorhanden gewesen sind. Gegen das auf Grund einer solchen Zustellung erlassene Urteil ist Einspruch zulässig (§§ 300, 304 Abs. 2, 211 Abs. 2); ist aber der Einspruch versäumt und Restitution nicht mehr möglich, so ist das Urteil unanfechtbar.

4. Die Zustellung von Schriftstücken ohne Ladung erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel. Ist eine Ausfertigung zuzustellen, so ist diese, sonst die beglaubigte Abschrift anzuheften. Abschrift des die öffentliche Zustellung bewilligenden Beschlusses dem anzuheftenden Schriftstücke beizufügen, ist nicht nötig. Die Analogie des § 171 greift nicht durch; denn die sog. öffentliche Zustellung ist doch keine wirkliche Zustellung (s. Bem. Nr. 1 zu § 186). Zur Zustellung von Schriftstücken mit Ladung gehört außer der Anheftung an die Gerichtstafel die zweimalige Insertion eines Auszugs in öffentliche Blätter nach Vorschrift des Abs. 2 und des § 188.

5. Die Aushändigung des an die Gerichtstafel angehefteten Schriftstücks an die Partei, an die zugestellt wird, ist nicht vorgesehen, auch wenn sie sich zur Empfangnahme meldet.

6. Der Gerichtsschreiber hat dafür zu sorgen, daß der Zeitpunkt der Anheftung an die Gerichtstafel zu den Akten festgestellt und daß die Beläge für die Veröffentlichung zu den Akten gebracht werden, damit die Zustellungszeit (§ 189) berechnet werden kann. Daß der Gerichtsschreiber selbst die Anheftung bestätige, ist nicht nötig [RG. 21. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 111 S. 403 ff.].

§ 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Par-

Digitized by Google

teien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72 ff., 485, 532.

Hier ist bestimmt, was bei Meidung der Ungültigkeit (im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 156) in dem mit der Ladung zu veröffentlichenden Auszuge aus dem mit der Ladung eingereichten oder verbundenen Schriftstücke enthalten sein muß. Als Angabe des Prozeßgegenstandes genügt z. B. Darlehensforderung, Erbrecht. Unter Antrag ist das petitum (§ 121 Nr. 2) zu verstehen. Als Zweck der Ladung ist z. B. mündliche Verhandlung über die Klage anzugeben.

§ 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.

Mot. S. 155, 156. KPr. S. 72—74, 485, 532.

1. Abkürzung der Fristen des Abs. 1 und 2 ist unzulässig. Die Gerichtsferien sind einflußlos. Vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. III vor § 191 (S. 255).

2. Die Anwendung des § 489 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Adressat sich meldet oder sein Aufenthalt sonstwie bekannt wird.

§ 190.

Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigefügten Schriftstücks mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten insoweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Überreichung des Gesuchs ein.

Mot. S. 156, 157. KPr. S. 65—69, 74, 582.

1. Die Motive bemerken: „Die Insinuation durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post giebt dem direkten, treibenden Einflusse der Partei auf die Raschheit der Zustellung soweit Raum, daß es dem betreibenden Teile bei einiger Diligenz stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen, sofern dies von einer Zustellung abhängig ist (vgl. §§ 214, 230, 239, 304, 305, 479, 515, 549, 806 u. a.). (Vgl. noch Einf.Ges. § 13 Nr. 4 und Abs. 3.) Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 182—198, in denen die Partei zur Bewirkung einer Zustellung ihrerseits nichts weiter thun kann, als bei dem Gerichte ein begründetes Gesuch anbringen, und die rechtzeitige Zustellung von prompter Rechtshülfe der Behörden und einer Anzahl zufälliger Umstände abhängig ist. Um für solche Fälle die Innehaltung von Fristen u. s. w. gegenüber dem Abwesenden überhaupt zu ermöglichen, ist die Bestimmung, daß die Wirkungen der Zustellung bereits mit dem Momente der Überreichung des Gesuchs eintreten sollen, unentbehrlich. Das Gesetz knüpft jedoch diese Folge mit Rücksicht auf die sehr erheblichen materiellen Wirkungen, welche die bewirkte Zustellung für die Requisiten äußert (vgl. u. a. § 239 und Einf.Ges. § 13 Abs. 3),

Digitized by Google

an die Bedingung, daß die Zustellung demnächst auch wirklich ausgeführt wird, läßt also nur eine Rückwirkung auf den Moment der Gesuchsüberreichung eintreten. Der betreibende Teil wird dadurch nicht schlechter gestellt. — In Fällen, wo dem Gegner thatsächlich nicht behändigt werden kann, z. B. weil sein Aufenthalt unbekannt ist, wird der Bedingung des § 190 durch öffentliche Zustellung genügt werden können, denn nach Ablauf der Fristen des § 189 steht die öffentliche Zustellung der thatsächlich erfolgten Behändigung in ihrer Wirkung durchaus gleich."

2. Wurde ein Gesuch abgewiesen und dann auf Beschwerde bewilligt, so treten die in § 190 bezeichneten Wirkungen mit Einreichung nicht der Beschwerde, sondern des Gesuchs ein. Wurde ein Gesuch abgewiesen, dann erneuert und bewilligt, so treten jene Wirkungen mit der Einreichung des letzten Gesuchs ein.

3. Nur bezüglich der Wirkungen der Zustellung auf Wahrung einer Frist (Prozeßfrist und andere Frist), der Unterbrechung der Verjährung oder einer Frist, z. B. der Ersitzungsfrist, tritt die Zurückdatierung ein. Insbesondere gilt die Zurückdatierung nicht für andere Wirkungen der mit der Klagezustellung beginnenden Rechtshängigkeit (§§ 235, 239). [Vgl. RG. 1. Juni 1880 Entsch. I Nr. 157 S. 436.]

Dritter Titel.
Ladungen, Termine und Fristen.

Über die gesetzliche Zeit s. RG. v. 12. März 1893 RGBl. S. 93.

A. Ladungen und Termine (§§ 191—195, 205—207).

1. Litteratur: Wach Kr. VJSchr. XIV S. 351, XV S. 340, Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 401 ff., O. Fischer Termin und Ladung in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 620 ff., 802 ff. (auch in Sep.Abdr. erschienen 1881), Schwalbach über Zeitbestimmungen im Civilprozeß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 251 ff., Planck I S. 393 ff.

2. Die Grundsätze für Ladung und Terminsbestimmung sind folgende:

I. Mit Ausnahme des § 461 wird nur in gerichtsseitig bestimmten Terminen verhandelt.

II. In dem regelmäßigen Verfahren mit Parteibetrieb (Gegensatz: Verfahren mit Offizialbetrieb s. unten Ziff. V in dieser Bemerkung) hat die betreibende Partei die Terminsbestimmung, soweit nicht die Ausnahme zu Ziff. III Platz greift, zu erwirken und die erforderlichen Ladungen den Beteiligten, mit Ausnahme der Zeugen und Sachverständigen, zustellen zu lassen. Hierher gehören:

a) Die ersten Verhandlungstermine in jeder Instanz (Ausnahme: EG. z. CPrO. § 7 Abs 2) einschließlich des ersten Termins zur Verhandlung über die Hauptintervention (§ 61), über Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§§ 541, 548), über die Anfechtungsklagen im Entmündigungsverfahren (§§ 605, 620, 624, 626), über die Klagen im Zwangsvollstreckungs- und Arrestverfahren (§§ 660, 667, 686, 690, 710, 753, 764, 765, 778, 806), über die Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 834) und über die Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 871).

b) Die ersten auf folgende Gesuche oder Anträge folgenden Termine:

α) Gesuch um Vornahme eines Sühneversuchs (§§ 471, 570, 571),

β) Gesuch um Abnahme des Offenbarungseides (§§ 781),

γ) Widerspruch gegen einen Arrestbeschluß (§§ 804, 805),

δ) Antrag auf Justifikation einer einstweiligen Verfügung (§ 820),

ε) Antrag auf Vornahme einer richterlichen Handlung im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 862).

Digitized by Google

c) Die ersten Termine zur Verhandlung eines Zwischenstreits mit Nichtparteien (§§ 68, 126).

d) Die ersten Termine in den Fällen, in denen eine Sache von einem Gerichte an ein anderes verwiesen wurde:

α) Verweisung vom Landgerichte an das Amtsgericht (§ 249),

β) Verweisung vom Amtsgerichte an das Landgericht (§§ 466, 467),

γ) Rückverweisung vom höheren Gerichte an die Vorinstanz (§§ 500, 501, 528).

Bei Verweisung einer Sache von der Kammer für Handelssachen an die Kammer für Civilsachen und umgekehrt schreibt GVG. § 107 ausdrücklich vor, daß der Termin zur weiteren Verhandlung von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht werde.

e) Der erste Termin vor dem Landgerichte, nachdem das Amtsgericht gemäß § 640 über die Zulässigkeit des Einspruchs erkannt hat.

f) Die ersten Termine nach Urteilen in folgenden Fällen:

α) zur Verhandlung über den Einspruch (§ 310),

β) zur Verhandlung über Ergänzungs- und Berichtigungsanträge (§§ 291, 292),

γ) zur Verhandlung über die Hauptsache, nachdem prozeßhindernde Einreden durch ein besonderes Urteil verworfen sind (§§ 248, 465),

δ) zur Verhandlung über den Betrag eines Anspruchs, nachdem ein Urteil über den Grund des Anspruchs ergangen ist (§ 276),

ε) zur Verhandlung über die Rechtskraft eines nicht sofort rechtskräftigen bedingten Endurteils und eventuell zur Eidesleistung [vgl. Wach Kr. VJSchr. XIV S. 354, XV S. 341, v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 341, Fischer Termin und Ladung S. 20 Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 636, Struckmann Mag. f. DR. III S. 318, Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 773, Just. Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 117 ff., Gaupp I S. 320. AM. Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 401, Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 563, OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 452],

ζ) zur Verhandlung über die nach §§ 502 oder 562, 563 vorbehaltenen Verteidigungsmittel oder Rechte.

In den Fällen ad γ—ζ kann es vorkommen, daß auf einen in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag der Verhandlungstermin bestimmt und verkündet wird. Wenn dieses geschehen ist, dann entfällt die Ladungspflicht der Partei.

g) Der Termin, den der Schuldner zur Ableistung des Offenbarungseides beantragt (§ 783). Zu diesem Termine braucht der Gegner nicht geladen zu werden, wenn der Schuldner verhaftet ist.

h) Der erste Termin zur Aufnahme des Verfahrens (§ 227).

i) Der erste Termin zur mündlichen Verhandlung nach einer Fristbestimmung zur Aufnahme des Beweises (§ 321), nach einer Beschlußfassung gemäß § 329 Abs. 2, 3, nach Ablauf der nach § 344 bestimmten Frist und nach einer Fristbestimmung zur Urkundenvorlegung (§ 396, arg. vv. „in einem vom Beweisführer zu erwirkenden Termine").

k) Der erste Termin in den Fällen der §§ 432, 433 Abs. 2.

III. Termine jeder Art zur Fortsetzung oder zum Ersatz einer einheitlichen, nicht unterbrochenen Verhandlung werden von Amtswegen bestimmt. Sühneversuche, vorbereitendes Verfahren (§§ 312 ff.), Beweisaufnahme sind keine Unterbrechungen. Im einzelnen gehören hierher:

a) Termine zur Fortsetzung der aus irgendwelcher Ursache nicht zu Ende geführten Verhandlung (§§ 127, 206);

Digitized by Google

b) Termine zur Fortsetzung der nach §§ 136, 141, 273 getrennten Verhandlungen bgl. Termine zur Verhandlung über die nach § 136 zur getrennten Verhandlung verwiesene oder nach § 273 zur besonderen Verhandlung übrig bleibende Widerklage. Bei Verweisung eines nur einredeweise geltend gemachten Anspruchs zum getrennten Prozesse — §§ 136 Abs. 2, 275 — wird kein Termin zur Verhandlung über diesen Anspruch bestimmt, weil dieser noch nicht rechtshängig ist; s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136;

c) Termine zur Verhandlung über den unerledigten Prozeßstoff, nachdem eine Beschränkung der Verhandlung nach § 137 stattfand;

d) Termine zur Fortsetzung der nach §§ 138, 141 verbundenen Prozesse (s. Bem. Nr. 4 zu § 138);

e) Termine nach einem Wiedereröffnungsbeschluß (§ 142);

f) Termine zum Ersatze eines aufgehobenen Termins (§§ 205, 206, 302);

g) der Termin nach einem Sühneversuche innerhalb eines Prozesses (§ 268);

h) Termine zur Verkündung des Urteils oder Beschlusses (§§ 281, 294 Abs. 2);

i) die Termine im vorbereitenden Verfahren (§§ 314, 316) und der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte nach einem vorbereitenden Verfahren (§ 317);

k) die zur Erledigung eines Beweisbeschlusses (§§ 326, 333) sowie zufolge einer nach § 135 ergangenen Anordnung nötig werdenden Termine;

l) der Termin zur mündlichen Verhandlung, nachdem eine Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hat (§ 335);

m) der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senate des Reichsgerichts nach Einholung einer Entscheidung der vereinigten Civilsenate oder des Plenums über die Rechtsfrage (GVG. § 137 Abs. 5 in der Fassung des RG. v. 17. März 1886 RGBl. S. 61).

IV. Zu den Terminen ad III ist regelmäßig keine Ladung der bereits bei dem Verfahren beteiligten Personen erforderlich; es genügt die von Amtswegen zu bewirkende Bekanntgabe des Termins durch Verkündung (solche ist nach der Prozeßlage unmöglich in den Fällen der §§ 317, 331, 335 Abs. 2 und GVG. § 107) oder die Zustellung der Terminsbestimmung. Es bedarf nicht einer Aufforderung zum Erscheinen (des „Formales" der Ladung). Für die verkündeten Termine ergiebt sich das ohne weiteres aus § 195. Für die nicht verkündeten Termine wird in den Mot. S. 159 die Ladung verlangt. Allein das Gesetz enthält nicht bloß keine derartige Vorschrift, sondern spricht viermal (§§ 317, 331, 335 Abs. 2, GVG. § 107) von „Bekanntmachung des Termins", nicht von Ladung. Die Ladung zu dem ersten Termine erstreckt ihre Wirkung auch auf die Fortsetzungstermine, so daß nur deren Bekanntgabe an die Parteien notwendig erscheint. [Vgl. die preuß. Formularien in Vierhaus Formularbuch Nr. 21, 32 ꝛc., Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 648 ff., 812 ff., A. Förster N. 2 litt. b zu § 191, Gaupp I S. 375. AM. Struckm. Koch N. 2 litt. c zu § 191, Wilm. Levy N. 1 vor § 191. Daß aus § 300 Nr. 2 kein Gegenargument zu gewinnen ist, hat Fischer Beitr. S. 820 ff. dargethan.] Ist keine Ladung erforderlich, so bedarf es nicht der Einhaltung einer Ladungsfrist und erfolgt die öffentliche Zustellung ohne Insertion durch Anheftung an die Gerichtstafel. Das EG. z. CPrO. § 7 Abs. 4 ergiebt kein Gegenargument, weil das dort vorgeschriebene Verfahren ganz singulärer Natur ist.

Ausnahmsweise wird zu solchen Terminen (ad III) eine Ladung durch die Partei erfordert in den Fällen der §§ 300, 302, 316, zu Terminen zur Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse (§ 452), ferner in Ehesachen und im Entmündigungsverfahren vor dem Landgerichte (§§ 578 Abs. 2, 611, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4). In

Digitized by Google

dem Falle sub litt. m ist die Ladung von Amtswegen geboten. Eine besondere Art von Ladung ist für das Aufgebotsverfahren vorgeschrieben; diese erfolgt von Amtswegen.

V. In dem Verfahren mit Offizialbetrieb werden die Termine durchweg von Amtswegen bestimmt. Zu den ersten Terminen werden die Beteiligten geladen. Das Formale der Ladung ist notwendig. Die Ladungsfrist ist zu beobachten. Zu den Fortsetzungs- und Ersatzterminen aber ist keine Ladung nötig; sind solche Termine nicht verkündet, so ist die Terminsbestimmung den Beteiligten von Amtswegen zuzustellen. Diese Regeln gelten für:

a) Das Verfahren über die Berechtigung eines Zeugen oder Sachverständigen zur Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens im Falle des § 354;

b) das Verteilungsverfahren (§§ 759 ff.);

c) die Fälle der fakultativen mündlichen Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119).

VI. Im Entmündigungsverfahren vor dem Amtsgerichte sind zwar alle Termine von Amtswegen zu bestimmen; das Gericht ist aber weder dem Antragsteller, noch dem zu Entmündigenden gegenüber an die prozessualische Form der Ladung, folglich auch nicht an eine Ladungsfrist gebunden.

3. Ein Mangel in den Erfordernissen der Ladung, insbesondere auch die nicht ordnungsmäßige Zustellung einer Ladung macht diese ungültig nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze.

B. Fristen (§§ 194, 198—204, 207).

Litteratur: Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 264 ff., Schultze Von den prozessualischen Zeitbestimmungen (Straßburg 1887), Planck I S. 503 ff., Hellmann Lehrb. S. 355 ff.

4. Das Gesetz kennt folgende Arten von Fristen (im weiteren Sinne):

I. Fristen als Zeitgrenzen für prozessualische Handlungen der Parteien oder dritter — **eigentliche Fristen.** Ist deren Maß im Gesetze bestimmt, so sind es gesetzliche, wird das Maß im einzelnen Falle vom Richter bestimmt, so sind es richterliche Fristen. Der Unterschied ist für die Verkürzung und Verlängerung bedeutsam; richterliche Fristen können allgemein, gesetzliche Fristen nur in den besonders bezeichneten Fällen verkürzt und verlängert werden.

Gesetzliche Fristen dieser Art sind:

a) Die Frist zur Einreichung des Kostenverzeichnisses in § 100;

b) die Frist zur Einsicht der auf der Gerichtsschreiberei hinterlegten Urkunden in § 125 Abs. 2 und die Frist zur Zurückgabe der Urkunden in § 126 Abs. 2;

c) die Einlassungsfristen, d. h. die Zeiträume, die zwischen der Zustellung der Klageschrift, Berufungs-, Revisionsschrift und dem ersten Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen (§§ 234, 459, 481, 517, 567 Abs. 2, GVG. § 102);*)

d) die Ladungsfristen, d. h. Fristen, die zwischen der Zustellung einer nicht die Instanz eröffnenden Ladung und dem Terminstage liegen sollen: (§§ 194, 217 Abs. 3, 456, 636);*)

*) Die Motive bezeichnen die Einlassungs- und die Ladungsfristen irrtümlich als richterliche Fristen. Daß sie gesetzliche Fristen sind, soweit nicht, wie in §§ 217 Abs. 3, 234 Abs. 2 (cf. §§ 481, 217) und § 459 Abs. 2, deren Zeitmaß durch den Richter zu bestimmen ist, ergiebt sich sowohl aus dem Begriffe der gesetzlichen Frist (s. o.) als auch aus § 204 Abs. 1. Dieser § 204 Abs. 1 wäre überflüssig, wenn die Einlassungs- und Ladungsfristen als richterliche Fristen zu betrachten wären; denn wäre dies der Fall, so würde sich die Möglichkeit der Abkürzung aus § 202 Abs. 2 ergeben und nicht besonderer Zulassung bedurft haben. [Vgl. Planck I S. 505.] Übrigens hat die Frage, ob die bezeichneten Fristen unter die eine oder die andere Kategorie gehören, keine praktische Bedeutung. Denn der Punkt, worin gesetzliche und richterliche Fristen sich praktisch unterscheiden, ist die Verlängerungs- und Verkürzungsmöglichkeit (s. o.). Für die Einlassungs- und die Ladungsfristen ist in § 204 die Möglichkeit der Verkürzung ausdrücklich bestimmt. Die Verlängerung derartiger Fristen kann überhaupt nicht direkt, sondern nur durch Terminsverlegung erreicht werden.

Digitized by Google

e) die Fristen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze; für die Klagebeantwortung, Beantwortung der Berufungs- und Revisionsschrift (§§ 244, 484, 519), für andere vorbereitende Schriftsätze (§§ 123, 245 Abs. 2).

Die unter litt. c bis e bezeichneten Fristen sind sog. Zwischenfristen (s. u. S. 255).

f) Die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 212, 213, 214 Abs. 3);

g) die Fristen für den Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291) und auf Ergänzung des Urteils (§ 292);

h) die Fristen zur Einlegung des Einspruchs (§ 304), der Berufung (§ 477), der Revision (§ 514), der sofortigen Beschwerde (§ 540 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§ 549), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil (§ 835) und gegen einen Schiedsspruch (§ 870);

i) die Fristen zur Anfechtung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses in §§ 605 und 624;

k) die Frist zur Erhebung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl (§§ 632, 634);

l) die Fristen für die Erhebung der Klage und für das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl in §§ 637 und 641;

m) die Frist für die Erklärung des Drittschuldners § 739;

n) die Frist zur Pfändung einer Forderung nach vorhergehender Benachrichtigung des Drittschuldners in § 744 Abs. 2;

o) die Frist zur Einreichung einer Berechnung der Forderung im Verteilungsverfahren in § 759 (vgl. § 760);

p) die Frist zum Nachweise, daß gegen die bei dem Verteilungsverfahren beteiligten Gläubiger Klage erhoben ist, in § 764;

q) die Fristen für die Vollziehung und Zustellung des Arrestbefehls in § 809 Abs. 2 und 3;

r) die Frist für den Antrag auf Bestimmung eines neuen Aufgebotstermins in § 831;

s) die Frist zur Bezeichnung des Schiedsrichters in §§ 855 und 857.

Von diesen gesetzlichen Fristen sind die sub litt. h angeführten im Gesetz als **Notfristen** bezeichnet. Notfristen können weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch das Gericht abgekürzt oder verlängert werden (§§ 202, 204). Der Lauf der Notfristen wird durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (§ 201). Nur gegen Versäumung von Notfristen giebt es Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 211).

Zeitmaße der gesetzlichen Fristen:

Nach Stunden (24 Stunden) bestimmte gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 194, 234 Abs. 1, 459 Abs. 1, 567 Abs. 2. Die Fristen sind a momento ad momentum zu berechnen. § 201 ist nicht anwendbar.

Nach Tagen bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 123 Abs. 1 u. 2, 125 Abs. 2, 126 Abs. 2, 194, 459, 567 Abs. 2. Auch die beweglichen Fristen der §§ 244, 484, 519 sind nach ganzen Tagen zu bemessen. Wegen deren Berechnung s. §§ 199, 201.

Nach Wochen bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 100, 123 Abs. 1, 194, 212 Abs. 2, 291 Abs. 1, 292 Abs. 2, 304 Abs. 1, 459 Abs. 1, 540 Abs. 2, 567 Abs. 2, 632, 739 Abs. 1, 744 Abs. 2, 759, 809 Abs. 2 und 3, 855, 857 und GVG. § 102 Abs. 1. Wegen deren Berechnung s. §§ 200 und 201.

Nach Monaten bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 213 Abs. 2, 214 Abs. 3, 234 Abs. 1, 477 Abs. 1, 514 Abs. 1, 549 Abs. 1, 605 Abs. 1, 624 Abs. 1, 637, 641, 761, 831, 835 Abs. 1, 870 Abs. 1. Wegen deren Berechnung s. §§ 200 und 201.

Digitized by Google

Nach Jahren bemessene gesetzliche Fristen kommen vor in §§ 212, Abs. 3, 549 Abs. 2, 835 Abs. 2, 870 Abs. 2. Diese Fristen sind im Gesetze nicht als Notfristen bezeichnet. Über deren Berechnung bestimmt das Gesetz nichts. Aber die entsprechende Anwendung des § 200 dürfte sich rechtfertigen lassen, weil die dortige Berechnungsweise die im modernen Rechte übliche ist [vgl. A. Förster N. 2 zu § 200]. Dagegen ist § 201 auf die Berechnung dieser Fristen nicht anwendbar, die Gerichtsferien hemmen deren Lauf nicht. In den Motiven S. 342 und KPr. S. 279 sowie von verschiedenen Schriftstellern werden die obigen Jahresfristen als Verjährungsfristen bezeichnet; daraus wird deduziert, daß sie durch die Ferien nicht gehemmt werden. Die Bezeichnung als Verjährungsfristen legt den Gedanken nahe, daß auf diese Fristen die materiellrechtlichen Regeln über Anspruchsverjährung (insbesondere auch die über Unterbrechung der V.) anwendbar seien. Dies ist entschieden unrichtig. In allen jenen Fällen liegen befristete prozessualische Befugnisse vor, auf die die Regeln des bürgerlichen Rechts über Anspruchsverjährung nicht anwendbar sind. [Über den Unterschied zwischen Befristung eines Rechts und Verjährung s. Grawein Verjährung und Befristung 1879.] Nicht daraus, daß jene Fristen den prozessualischen Regeln entzogen wären, folgt deren Unempfindlichkeit gegen die Ferien, sondern aus ihrer Zeitdauer; diese macht es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß sie von § 201 betroffen werden sollen. [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 1 zu § 201, Wilm. Levy N. 1 zu § 200, Gaupp I S. 377 f., A. Förster N. 3 litt. e zu § 194, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 417 ff. u. Lehrb. (7) § 42 N. 14, Eccius in den Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 738, Schwalbach a. a. O. S. 276, Alexander-Katz Ztschr. f. d. CPr. VII S. 508, Planck I S. 516 N. 90, Hellmann Lehrb. S. 361.]

Richterliche Fristen der ad I bezeichneten Art sind:

a) Die Frist zur Beseitigung eines Mangels bei der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters oder der Ermächtigung zur Prozeßführung in § 54 Abs. 2;

b) die Frist zur Beibringung der Genehmigung der Prozeßführung in § 85;

c) die Frist zur Leistung der Sicherheit für die Prozeßkosten in § 105;

d) die Ladungsfrist des § 217 Abs. 3;

e) die Frist zur Bestellung eines neuen Anwalts in § 221 Abs. 2;

f) die Einlassungsfrist im Falle des § 234 Abs. 2 (vgl. §§ 481, 517) und des § 459 Abs. 2;

g) die Fristen zur Zustellung vorbereitender Schriftsätze in § 245 Abs. 2;

h) die Einspruchsfrist im Falle des § 304 Abs. 2 [AM. Planck I S. 507 N. 23];

i) die Frist zur Aufnahme des Beweises in § 321;

k) die Frist zur Beibringung der Urkunde über eine im Auslande zu betreibende Beweisaufnahme in § 329 Abs. 3;

l) die Frist zur Hinterlegung eines Vorschusses zur Deckung der Staatskasse wegen der durch eine Zeugenvernehmung erwachsenden Auslagen in § 344;

m) die Frist zur Herbeischaffung der in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde in §§ 393 und 396;

n) die Frist zur Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts in den Fällen der §§ 688 Abs. 2, 690 Abs. 3, 710 Abs. 4;

o) die Frist zur Klagestellung nach Erlassung eines Arrestbefehls in § 806;

p) die Frist zur Vorladung zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung in § 820 Abs. 1.

Natürlich können richterliche Fristen auch in anderen Fällen vorkommen.

Unter den richterlichen Fristen ist eine Notfrist, nämlich die nach § 304 Abs. 2

Digitized by Google

zu bestimmende Einspruchsfrist. Richterliche Fristen können nach Stunden, Tagen, Wochen oder Monaten bemessen werden. Auf die Berechnung findet das über die Berechnung der gesetzlichen Fristen Bemerkte entsprechende Anwendung.

Unter den gesetzlichen und den richterlichen Fristen sind **Zwischenfristen,** d. s. Fristen, die zwischen einer Parteihandlung und einem Termine in der Mitte liegen sollen. [Schwalbach a. a. O. will diese Fristen aus der allg. Kategorie der Zeitbestimmungen für Parteihandlungen ausscheiden; er nennt sie „Rechtzeitigkeitsmaße".] Hierher gehören die Ladungsfristen: §§ 194, 456, 462, 636, die eine Unterart der Ladungsfristen bildenden Einlassungsfristen: §§ 234, 459, 481, 514, 567 Abs. 2 und die Fristen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze: §§ 123, 239, Abs. 2, 244, 484, 519. Diese Fristen sind in der Art zu berechnen, daß die volle Frist zwischen den beiden Tagen, die als Anfangs- und als Endpunkt erscheinen, d. i. zwischen dem Zustellungstage und dem Terminstage, freibleibt. [Nach Wilm. Levy N. 2 zu § 128 wäre in die Zwischenfristen, die keine Ladungs- oder Einlassungsfristen sind, der Zustellungstag einzurechnen. Diese Annahme findet in der Terminologie des Gesetzes keine ausreichende Begründung.] § 200 findet auf die Zwischenfristen Anwendung (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 200). Durch die Gerichtsferien werden sie nicht gehemmt (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 201).

II. Fristen als Zeitgrenzen für Handlungen des Gerichts, des Vorsitzenden oder des Gerichtsvollziehers — **uneigentliche Fristen** [vgl. Schwalbach a. a. O. S. 264 ff.]. Es sind folgende:

a) die Frist zur Bestimmung der Termine in § 193 Abs. 2;

b) die Frist zur Verkündung des Urteils in § 281;

c) die Frist zur Abgabe des Urteils an den Gerichtsschreiber in § 286 Abs. 2;

d) die Frist zur Aushängung des Urteilsverzeichnisses in § 287;

e) die Frist zur Einforderung der Prozeßakten in §§ 506, 529;

f) die Frist zur Vorlegung der Beschwerde an das Beschwerdegericht in § 534 Abs. 2;

g) die Frist, die nach § 717 zwischen der Pfändung und der Versteigerung liegen soll;

h) die Frist zur Niederlegung des Teilungsplans auf der Gerichtsschreiberei in § 761;

i) die Frist für die Dauer der Zwangshaft in § 794;

k) die Fristen, die nach §§ 827, 843, 844, 845, 846, 847 bei Bestimmung des Aufgebotstermins zu beobachten sind.

Diese Fristen sind mit Ausnahme der ad litt. i und k erwähnten nur instruktionell. Die Nichteinhaltung der instruktionellen Fristen hat keine prozessualische Bedeutung [vgl. Ecius in Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739]. Die Fortsetzung der Haft über die des § 794 kann kriminelle oder disziplinäre Bestrafung zur Folge haben. Die Nichteinhaltung der Fristen ad litt. k begründet die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil.

Auf die Berechnung dieser uneigentlichen Fristen finden die §§ 199, 200 Anwendung. Die nach Stunden bemessenen uneigentlichen Fristen sind a momento ad momentum zu berechnen. Die Gerichtsferien hemmen den Lauf der uneigentlichen Fristen nicht.

III. Eigenartige, weder zur Gruppe I noch zur Gruppe II gehörige Zeitbestimmungen enthält § 189 Abs. 1 und 2. Die Berechnung erfolgt nach § 200. Die Gerichtsferien sind für diese Zeitbestimmungen ohne Bedeutung [vgl. OLG. Cassel SA. XLIX Nr. 208].

Digitized by Google

§ 191.

Die Ladung zu einem Termine erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

Mot. S. 157—160. KPr. S. 74, 532.

1. Ladung ist die Aufforderung, in einem vom Vorsitzenden oder vom beauftragten oder ersuchten Richter bestimmten Termine zu erscheinen (Ladungsformale). Bestimmte Worte sind nicht vorgeschrieben. Der Gebrauch der Worte: „Ich lade" oder „Der Beklagte (Kläger, Zeuge ꝛc.) wird hiermit vorgeladen" empfiehlt sich im Anschlusse an die Terminologie des Gesetzes. Die Ladung ist zuzustellen. Die Zustellung eines Schriftsatzes, worin eine Terminsbestimmung, aber keine Aufforderung zum Erscheinen steht, ist keine Ladung [vgl. Bem. Nr. 4 zu § 479 und die dort cit. UU. d. RG.]; auch nicht die Zustellung eines Schriftsatzes, worin die Aufforderung, aber kein Termin steht [vgl. RG. 21. Juni 1884 Entsch. XIII Nr. 83 S. 335; vgl. a. IX Nr. 113]. Über Ladung zu einem Termine, dessen Wochentag nicht mit dem Monatstage stimmt, s. Bem. Nr. 1 zu § 193. Über die Folgen nicht ordnungsmäßiger Ladung s. Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 10 ff.

2. Mit der Ladung muß zugleich ein Schriftsatz zugestellt werden in den Fällen der §§ 230, 305, 479, 515, 548. Auch sonst soll die Ladung in den etwa gleichzeitig zuzustellenden Schriftsatz aufgenommen werden, aber eine gesonderte Ladung ist auch gültig. Tritt die Ladung in Verbindung mit einem Schriftsatze, so enthält der Schriftsatz die Angabe der Parteien, ihrer Parteistellung und die Bezeichnung des Streitgegenstandes (§ 124 Nr. 1); außerdem muß die Ladung diese Angaben enthalten.

3. Über die Fälle, in denen eine Ladung zu Terminen nicht erforderlich, sowie über die Frage, ob eine Ladung durch die Parteien oder von Amtswegen erforderlich ist, s. Bem. Nr. 2 Ziff. III—V vor § 191 S. 250 ff.

§ 192.

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

Mot. S. 157, 160. KPr. S. 74, 532.

Litteratur: Barazetti Bad. Ann. LI S. 108 ff., S. 122 ff.

1. Die Aufforderung zur Anwaltsbestellung ist erforderlich im Anwaltsprozesse (§ 74) bei der Ladung zu dem ersten Termine zur mündlichen Verhandlung über die Klage (§ 230) einschließlich der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541, 548), der Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren (§§ 605, 620, 624, 626), der Klage im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 660, 667, 686, 690, 710, 753, 764, 765, 778, 806), der Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 834), der Klage im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 871); bei der Ladung zum ersten Termine zur Verhandlung vor dem Landgerichte in den Fällen der §§ 466, 467, 640; bei der Ladung zu dem ersten Verhandlungstermine über Berufung oder Revision (§§ 479, 515), über Aufnahme des Verfahrens (§§ 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 227), über Gesuche um Arrest oder einstweilige Verfügung, wenn mündliche Verhandlung angeordnet ist (§§ 801 Abs. 1, 802, 815), dgl. zur mündlichen Verhandlung über Anträge auf Aufhebung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 804, 815); immer nur unter der Voraussetzung, daß die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, einerlei,

Digitized by Google

ob der Rechtsanwalt bei dem Prozeßgerichte zugelassen ist oder nicht. Die Aufforderung hat den Zweck, die Partei über den Anwaltszwang zu belehren, was bei einer Zustellung an den rechtskundigen Anwalt unnötig ist. Deswegen ist auch gleichgültig, ob dem Anwalte als Partei, als gesetzlichem Vertreter oder als Bevollmächtigtem zugestellt wird. — Wer annimmt, daß in den Fällen der sog. fakultativen mündlichen Verhandlung eine Ladung zur mündlichen Verhandlung durch die Partei erfolge (s. Bem. Nr. 6 litt. e zu § 119), muß im Anwaltsprozesse auch hier die Aufforderung zur Anwaltsbestellung verlangen.

2. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 192 macht die Ladung ordnungswidrig. [AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 384 f.] Doch kann diese Ordnungswidrigkeit nach Maßgabe der in Bem. Nr. 1 zu § 156 entwickelten Sätze geheilt werden.

§ 193.

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Notfällen anzuberaumen.

Mot. S. 37, 38, 157—160. KPr. S. 74, 532.

1. Die Terminszeit wird stets von dem Vorsitzenden oder von dem beauftragten oder ersuchten Richter, niemals vom Gerichte bestimmt. Ist der Terminstag irrtümlich so bezeichnet, daß der Wochentag nicht mit dem Monatstage stimmt, so hat die die Ladung betreibende Partei die Berichtigung zu erwirken. Eine Ladung mit einer derartigen Terminsbestimmung wäre wegen der Unbestimmtheit des Tages nicht ordnungsmäßig und müßte wie eine Ladung ohne Terminsbestimmung behandelt werden. [Vgl. Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 290 ff. AM. OLG. Stuttgart eod. S. 288.] Die Termine auf eine gewisse Stunde, nicht bloß auf Vor- oder Nachmittag, anzusetzen, ist nicht geboten, aber zweckmäßig [AM. Wach Vortr. S. 115 N.*] und jedenfalls zulässig (KPr. S. 532). Wird keine Stunde angegeben, so ist der Termin zum Beginne der Gerichtszeit angesetzt. Wegen Versäumung der Terminszeit s. Bem. Nr. 2 zu § 197.

2. In dem Verfahren mit Parteibetrieb ist es Sache einer Partei, zu den in Bem. Nr. 2 Ziff. II vor § 191 (S. 249 f.) bezeichneten Terminen zu laden. Die Partei, die den Gegner laden will, hat das Ladungsformale (s. Bem. Nr. 1 zu § 191) mit dem schriftlichen oder mündlichen Ersuchen um Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber des Gerichts einzureichen, wo die Verhandlung stattfinden soll. Im Verfahren vor den Amtsgerichten (vgl. a. § 315) kann das Ladungsformale zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 457, 462). Der Vorsitzende hat zu prüfen: a) ob das Ladungsformale, wozu auch die Angabe des Zwecks der Ladung gehört, vorhanden ist. [Vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 29 N. 28 a. E.] Fehlt die Unterschrift, so ist das Formale unvollständig. Ebenso, wenn einer Ladung im Anwaltsprozesse die Unterschrift eines bei dem Gerichte zugelassenen Anwalts fehlt; denn im Anwaltsprozesse sind Prozeßhandlungen ohne Anwalt nicht zu beachten [vgl. Planck II S. 81]. Ist das Ladungsformale nicht in Ordnung, so ist kein Termin zu bestimmen. b) Ob die Ladung zum Zwecke eines civilprozessualischen Verfahrens erfolgen soll. Würde sich aus der Ladung ergeben, daß ein solches Verfahren überhaupt nicht beabsichtigt ist (z. B. Ladung zum Zwecke eines Geschäftsabschlusses), so wäre kein Termin zu bestimmen. c) Ob das beabsichtigte civilprozessualische Verfahren ein solches ist, in dem der Parteibetrieb Platz greift. In dem Verfahren mit Offizial-

Digitized by Google

betrieb (s. Bem. Nr. 2 Ziff. V vor § 191 S. 252) werden die Termine von Amtswegen bestimmt. Wird von einer Partei ein Ladungsformale eingereicht, aus dem hervorgeht, daß die beabsichtigte Ladung ein Verfahren betrifft, in dem die Partei überhaupt nicht die Befugnis zu laden hat, so ist die Terminsbestimmung zu verweigern. Dies gilt insbesondere auch in dem Verfahren mit fakultativ mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 litt. e zu § 119 S. 169) [vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 18 f. AM. Fortenbach Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 153 ff. und Gaupp I S. 384].

Aus anderen Gründen darf der Vorsitzende die Terminsbestimmung nicht verweigern. a) Der Vorsitzende hat weder die Zulässigkeit des Rechtswegs noch die Prozeßfähigkeit noch die Legitimation des gesetzlichen Vertreters noch die Bevollmächtigung noch die Zuständigkeit noch die formelle Zulässigkeit des Einspruchs oder Rechtsmittels noch die Zulässigkeit der höheren Instanz zu prüfen. Er kann daher die Terminsbestimmung nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder wegen Unzulässigkeit der Instanz, wegen Mangels der Prozeßfähigkeit, der Legitimation, Bevollmächtigung, wegen Unzuständigkeit ꝛc. ꝛc. versagen. [Vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1 ff., der nur in dem Punkte abweicht, daß er wegen Unzulässigkeit der Instanz — z. B. Ladung zur Verhandlung über Revision gegen ein Urteil erster Instanz — die Terminsverweigerung für gerechtfertigt hält. Inkonsequent; denn die Frage, ob es zulässig ist, die höhere Instanz anzugehen, kann von der Frage nach der formalen Zulässigkeit des Rechtsmittels grundsätzlich nicht geschieden werden. Der von Eccius a. a. O. S. 14 N. 19 cit. Beschl. d. RG. dürfte unrichtig sein.] b) Der Vorsitzende darf die Terminsbestimmung nicht deswegen verweigern, weil der zu Ladende dem in EG. z. CPrO. § 5 und EG. z. GVG. § 5 bezeichneten Personenkreise angehört und nach Landesrecht der Gerichtsbarkeit des betreffenden Gerichts entzogen ist; ebensowenig, weil der zu Ladende nach GVG. §§ 18 ff. der inländischen Gerichtsbarkeit nicht untersteht; denn die Einsetzung des Termins in die Ladung ist kein Akt der Gerichtsbarkeit, auch kann es nicht wohl in der Zuständigkeit des Vorsitzenden stehen, die Frage, ob die betreffende Person dieser Gerichtsbarkeit unterstehe, zu entscheiden [vgl. Gaupp I S. 384. AM. Eccius a. a. O. S. 20, KG. Berlin SA. L Nr. 49]. c) Der Vorsitzende hat nicht zu prüfen, ob der Inhalt des Schriftsatzes, in den die Ladung aufgenommen ist, den für den betreffenden Schriftsatz aufgestellten formellen Erfordernissen genügt; er darf die Terminsbestimmung nicht deswegen verweigern, weil der Schriftsatz diesen Erfordernissen offenbar nicht entspricht. Der Vorsitzende hat also z. B. nicht zu prüfen, ob der als Klage auftretende Schriftsatz den Erfordernissen des § 230 entspricht; er kann den Termin nicht verweigern, weil der Schriftsatz keine ordnungsmäßige Klageschrift ist. [Vgl. Mot. S. 158, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 384, A. Förster N. 3, Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang S. 37, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 629, Fortenbach Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 153 ff., Hellmann Lehrb. S. 396. AM. Wach Vortr. S. 24 N., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 273 N. 24, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 9. Die gegnerische Ansicht führt auf eine schiefe Ebene, auf der es keinen Halt mehr giebt, ehe man bei der Abweisung der Klage a limine wegen irgend eines prozessualischen Mangels angelangt ist.] Was von der Klageschrift gesagt ist, findet auf die Einspruchs-, Berufungs- und Revisionsschrift entsprechende Anwendung. d) Dem Vorsitzenden steht keine Prüfung darüber zu, ob der in dem Schriftsatze enthaltene Antrag gerechtfertigt ist. Auch wenn dies offenbar nicht der Fall ist, kann der Termin nicht verweigert werden. e) Besonderes gilt in Ehesachen: § 570.

In den Fällen, in denen eine der Partei obliegende Ladung zu einem verkündeten Termine ausnahmsweise nötig ist (s. Bem. Nr. 1 zu § 195), unterbleibt die Einreichung der Ladung zur Terminsbestimmung.

Digitized by Google

3. Bei Bestimmung der Terminszeit hat der Vorsitzende die gesetzlichen Minimalfristen (vgl. §§ 123, 194, 234, 244, 459, 462, 481, 484, 517, 519, 567 Abs. 2, 636 Abs. 2 ꝛc.) sowie etwaige besondere Anträge der ladenden Partei (vgl. § 204) zu berücksichtigen.

Die Frist des Abs. 2 hat nur instruktionelle Bedeutung (s. o. S. 255).

4. Es ist Sache der betreibenden Partei, die Ladung mit der Terminseinsetzung auf der Gerichtsschreiberei abzuholen und für die Zustellung zu sorgen. Insoweit eine Zustellung der Ladung unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist (§§ 152, 154, 458, 462), hat der Gerichtsschreiber sofort für Zustellung der Ladung an den Gegner zu sorgen, wenn nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

5. Gegen Verweigerung der Terminsbestimmung findet Beschwerde statt (arg. § 530).

6. Zu Abs. 3: Wegen der Feiertage s. Bem. Nr. 1 zu § 171.

§ 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Mot. S. 161, 162. KPr. S. 74, 533.

1. Über die Natur der Ladungsfristen und über deren Berechnung s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 255. Besondere Ladungsfristen s. §§ 456, 462, 636. Die Ladungsfristen sind nicht zu beobachten, wenn Fortsetzungstermine von Amtswegen bestimmt werden (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 S. 251). Bei Ladungen von Amtswegen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. V vor § 191 S. 252) sind die Ladungsfristen zu beobachten.

2. Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Bei Nichteinhaltung kann kein Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Geladenen erlassen werden (§ 300 Nr. 2); der erschienene Geladene kann Vertagung des Termins wegen Nichteinhaltung der Ladungsfrist verlangen und zwar auf Kosten des Ladenden, wenn Verschulden vorliegt (§ 90).

§ 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

Mot. S. 159, 160. KPr. S. 74, 533.

1. Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung, einerlei, ob bei der Verkündung die eine oder die andere Partei oder ob beide Parteien anwesend waren oder nicht (§§ 283, 294 Abs. 2). Ausnahmen enthalten die §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611 Abs. 1, 620, 624, 626; trotz der Verkündung der Terminsbestimmung hat in diesen Ausnahmefällen die erschienene Partei die nicht erschienene Gegenpartei zu dem neuen Termine zu laden.

2. Bei Bestimmung der verkündeten Termine ist, abgesehen von den in Bem. Nr. 1 angeführten Ausnahmen, eine Ladungsfrist nicht zu beobachten, da eine Ladung nicht erforderlich ist (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 S. 251). Wegen Terminsbestimmung nach Wiedereröffnung des Verfahrens s. Bem. Nr. 1 zu § 142.

§ 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer

Digitized by Google

am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

Mot. S. 160. KPr. S. 74, 533.

1. Einen Termin aus anderen als den hier speziell angeführten Gründen anderswo als an der Gerichtsstelle abzuhalten, ist nicht statthaft. Gerichtsstelle sind die Arbeitsräume des Prozeßgerichts oder des ersuchten Gerichts.

2. Zu Abs. 2 vgl. EG. zur CPrO. § 5 und EG. zum GVG. § 5. Abs. 2 des § 196 gilt im ganzen Reiche.

§ 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.

Der Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

Mot. S. 161. KPr. S. 74, 533.

1. Der Aufruf der Sache besteht in der Bekanntgabe, daß der Termin in dieser Sache beginne. Der Aufruf kann erfolgen, sobald die Terminsstunde und, wenn der Termin nicht auf eine bestimmte Stunde gesetzt war, die übliche Gerichtszeit (s. Bem. Nr. 1 zu § 193) angebrochen ist. Ist auf vormittags neun Uhr geladen, so kann mit dem Glockenschlage neun der Aufruf erfolgen. Der Aufruf kann nach Anbruch der Terminsstunde bis zum Ende der Gerichtszeit erfolgen.

2. Die Versäumung eines Termins mit ihren Folgen tritt nicht (wie nach dem preußischen und hannoverschen Prozeßrechte) mit dem Beginne, sondern erst mit dem Schlusse des Termins ein. Erscheint eine Partei zwar nach dem Beginne, aber noch vor dem Schlusse des Termins, so kann sie alle ihr zustehenden Befugnisse ausüben. Insbesondere kann in den Terminen zur mündlichen Verhandlung die nachträglich, aber noch vor Schluß des Termins erscheinende Partei in die mündliche Verhandlung eintreten, wie wenn sie zu Anfang des Termins erschienen wäre. Wegen des Zeitpunktes „Schluß der Verhandlung" s. § 127 Abs. § 4 und Bem. Nr. 3 litt. d dazu.

Der Schluß der Verhandlung und damit die Folgen der Terminsversäumnis können vor Ablauf der Gerichtszeit eintreten. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ohne Angabe einer Terminsstunde geladen ist; denn eine solche Ladung geht auf den Beginn der Gerichtszeit. [Vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 261. Unrichtig Bolgiano Handb. S. 106.]

§ 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

Mot. S. 162, 163. KPr. S. 74, 533.

1. Über die Begriffe gesetzliche und richterliche Frist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 252.

Digitized by Google

2. Zu Abs. 1: Da bei allen gesetzlichen Fristen der Beginn kraft Gesetzes an ein bestimmtes prozessualisches Ereignis geknüpft ist, so bedurfte es keiner allgemeinen Bestimmung über deren Beginn. Abs. 1 betrifft nur richterliche Fristen. Einer Zustellung der die richterliche Frist festsetzenden Entscheidung bedarf es nach §§ 283, 294 nicht, wenn die Entscheidung verkündet worden ist. — Es kann sein, daß die richterliche Frist weder mit der Zustellung noch mit der Verkündung, sondern mit einem anderen, bei der Festsetzung bestimmten Ereignisse beginnt.

3. Zu Abs. 2: Ist der Beginn einer richterlichen oder gesetzlichen Frist von einer Zustellung abhängig, wie bei der Einspruchs-, Berufungs-, Revisions- und Beschwerdefrist, so beginnt der Fristenlauf mit der Zustellung nicht nur für die Partei, an die zugestellt wird, sondern auch für die betreibende Partei. Die Partei, die ein für beide Parteien durch Rechtsmittel anfechtbares Urteil zustellt, eröffnet den Beginn der Rechtsmittelfrist nicht bloß für den Gegner, sondern auch für sich. Der Kläger, der gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Urteil erwirkt hat, worin teilweise dem Antrage gemäß erkannt, teilweise die Klage abgewiesen wurde, eröffnet durch Zustellung dieses Urteils dem Beklagten die Einspruchs- und sich selbst die Berufungsfrist. — Bei Zustellungen im Auslande ist der Zeitpunkt der ausgeführten Zustellung, bei öffentlichen Zustellungen der nach § 189 zu berechnende Zeitpunkt, in dem das Schriftstück als zugestellt gilt, auch für die betreibende Partei maßgebend. — Wird mehreren Streitgenossen an verschiedenen Tagen zugestellt, so läuft nicht bloß für den einzelnen Streitgenossen eine an verschiedenen Tagen beginnende Frist, sondern es beginnt auch für den Zustellenden den einzelnen Streitgenossen gegenüber die Frist, die er sich selbst eröffnet hat, an verschiedenen Tagen.

Auf Zustellungen von Amtswegen ist Abs. 2 des § 198 nicht anwendbar, wohl aber auf Zustellungen, die gemäß § 154 unter Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgen. [Unrichtig Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 50 ff. Dagegen Kurlbaum eod. S. 63 ff.]

§ 199.

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533. Vgl. StrPrO. § 42.

1. Das Verzeichnis der nach Tagen bestimmten gesetzlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 253. — Die Frist läuft mit dem Ende (Mitternacht) des letzten Tages ab. — Der Schalttag wird als selbständiger Tag gezählt.

2. Den im nordd. Entw. § 224 (vgl. a. HGB. Art. 328 Nr. 1) enthaltenen Satz, daß unter einer auf acht oder vierzehn Tage bestimmten Frist volle (also unter Ausschluß des Anfangstages zu berechnende) acht oder vierzehn Tage zu verstehen seien, bezeichnen die Mot. S. 163 als selbstverständlich. Gewiß mit Recht für vierzehntägige Fristen. Nicht zweifellos, ob zutreffend für achttägige Fristen, da der gemeine Sprachgebrauch in die acht Tage den Anfangstag einrechnet. Aber man wird, da diesem Sprachgebrauche der juristische nicht konform ist (HGB. Art. 328 Nr. 1), doch die acht Tage als volle acht Tage berechnen müssen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 390, Petersen (2) S. 333, A. Förster N. 2. AM. Wilm. Levy N. 1.]

§ 200.

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher

Digitized by Google

durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533. Vgl. StrPrO. § 43.

1. Das Verzeichnis der nach Wochen und Monaten bemessenen gesetzlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 253.

2. Abs. 1 ist dem HGB. Art. 328 Nr. 2 und der WO. Art. 32 nachgebildet. Beispiele: die einwöchige Frist, die an einem Montage beginnt, endigt mit dem Montage der folgenden Woche. Die einmonatige Frist, die am 31. Januar beginnt, endigt mit dem 28. (29.) Februar; die einmonatige Frist, die am 28. Februar beginnt, endigt mit dem 28. März; die einmonatige Frist, die am 31. März beginnt, endigt mit dem 30. April u. s. w. — Die Frist läuft mit der Mitternacht des letzten Tages ab.

3. § 200 Abs. 2 ist dem HGB. Art. 329 (vgl. auch Art. 330) und der WO. Art. 92 nachgebildet. Die Bestimmung des § 200 Abs. 2 gilt für alle gesetzlichen und richterlichen Fristen, auch für die nach Stunden, Tagen oder Jahren bemessenen. Auch in die sog. Zwischenfristen (vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 255) ist der letzte Tag vor dem Termine nicht einzurechnen, wenn er ein Sonn- oder Feiertag ist; denn die Zwischenfrist ist bestimmt, dem Gegner zur Vorbereitung für den Termin zu dienen. Die Billigkeitsgründe, die überhaupt zu der Vorschrift in § 200 Abs. 2 führten, treffen auch für die Vorbereitungszeit zu. Bei den kurzen Einlassungsfristen des § 567 Abs. 2 tritt das besonders deutlich hervor. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 332, Hellmann Lehrb. S. 368, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 685, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 233. AM. A. Förster N. 2d zu § 194, Gaupp I S. 391.]

4. Über „allgemeine Feiertage" s. Bem. Nr. 1 zu § 171. Es kann ein Tag innerhalb des Geltungsbereichs der Prozeßordnung an einem Orte Feiertag sein, an einem anderen nicht. Ob der Tag, auf den das Ende einer Frist fällt, als allgemeiner Feiertag zu betrachten ist, ist nach dem Landesrechte des Orts zu beurteilen, wo die Handlung (z. B. eine Zustellung) vorzunehmen ist, für die die Frist läuft; denn der Grund der Vorschrift in § 200 Abs. 2 ist, daß dem innerhalb einer Frist zu einer gewissen Handlung Berechtigten auch noch am letzten Tage die Vornahme der betreffenden Handlung möglich sein soll.

§ 201.

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Teil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Notfristen und Fristen in Feriensachen keine Anwendung.

Notfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetze als solche bezeichnet werden.

Mot. S. 163. KPr. S. 74, 533, 534.

1. Litteratur: Alexander-Katz Gerichtsferien und Fristen Ztschr. f. d. CPr. VII S. 500 ff.

2. Wegen Gerichtsferien und Feriensachen vgl. die §§ 201—204 der GVG. Nach

Digitized by Google

Reichs-Telegr.Gesetz v. 6. April 1892 (RGBl. S. 467) § 13 Abs. 2 gilt der Rechtsstreit über Verpflichtungen, die nach § 12 d. Ges. bei Störung vorhandener elektrischer Anlagen durch neue Leitungen entstehen, als Feriensache.

Zu GVG. § 201: Am 15. Juni und 15. September sind Ferien.

Zu GVG. § 202 Abs. 3: Der Antrag auf Bezeichnung einer Sache als Feriensache kann von jeder der Parteien ausgehen. Der Antrag kann vor Beginn der Ferien und während der Ferien gestellt werden. Über den Antrag wird regelmäßig vom Gerichte entschieden. Das Gericht hat nach freiem Ermessen zu erwägen, ob die Sache besonderer Beschleunigung bedarf. Ausnahmsweise kann der Vorsitzende eine Sache als Feriensache bezeichnen. In diesem Falle steht dem Gerichte die definitive Entscheidung zu; das Gericht kann die Verfügung des Vorsitzenden aufheben. Der Antrag auf Bezeichnung einer Sache als Feriensache kann nicht von dem Vorsitzenden, sondern nur vom Gerichte abgewiesen werden. Eine Verhandlung über den Antrag kann nicht angeordnet werden. Gegen Abweisung des Antrags findet die Beschwerde statt; die Bewilligung kann nicht angefochten werden (arg. § 530).

Zu GVG. § 204: Zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört hier auch das Verfahren, das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betrifft.

3. Der Lauf einer Frist kann weder in den Ferien beginnen noch in den Ferien endigen. Der Lauf einer Frist, deren Anfang in die Ferien fallen würde, beginnt mit dem ersten Tage nach den Ferien, und eine bereits im Laufe begriffene Frist wird durch den Eintritt der Gerichtsferien dergestalt gehemmt, daß der noch übrige Teil der Frist nach Schluß der Ferien seinen Fortlauf nimmt. Beispiele: eine viertägige Frist, die am 12. Juli eröffnet wurde, folglich vom 13. Juli ab gerechnet wird, endigt mit dem Ablaufe des 17. September. Eine am 12. Juli beginnende einwöchige Frist endigt mit dem Ablaufe des 20. September. Eine am 20. Juli beginnende einmonatige Frist endigt mit dem Ablaufe des 21. September. Eine am 1. Juli beginnende dreimonatige Frist endigt mit dem Ablaufe des 3. Oktober, nicht des 1. Oktober; denn die Frist würde ohne Gerichtsferien mit dem Ablaufe des 1. August endigen, folglich beträgt der Rest 18 Tage, die mit dem 16. September wieder zu laufen beginnen [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 100]. Ist eine Sache von dem Gerichte oder dem Vorsitzenden gemäß GVG. § 201 Abs. 3 als Feriensache bezeichnet, so wird der Fristenlauf durch die Ferien nicht gehemmt. Da die Bezeichnung als Feriensache während der Ferien erfolgen kann, so ist ein Ruhen des Fristenlaufs während eines Teils der Ferien möglich. Der Fristenlauf, der gehemmt war, beginnt wieder mit der Zustellung der die Bezeichnung als Feriensache aussprechenden Verfügung an den Gegner. Ist die Bezeichnung einer Sache als Feriensache vom Vorsitzenden verfügt und dann vom Gerichte aufgehoben worden (s. Bem. Nr. 1), so wird die zwischen Zustellung jener Verfügung und dem aufhebenden Beschlusse liegende Zeit nicht in die Frist eingerechnet.

4. Das Verzeichnis der Notfristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. h vor § 191 S. 253.

5. Die Gerichtsferien haben keinen Einfluß auf die Berechnung der Jahresfristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 254), der uneigentlichen d. i. für Handlungen des Gerichts bestimmten Fristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. II vor § 191 S. 255) und der Zeitmaße des § 189 (s. Bem. Nr. 4 Ziff. III vor § 191 S. 255). Bestritten und nicht unzweifelhaft ist, ob die in die Gerichtsferien fallende Zeit bei den sog. Zwischenfristen (vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 255) einzurechnen ist. Für die Einrechnung der Ferienzeit dürfte die Erwägung den Ausschlag geben, daß innerhalb der Zwischenfristen irgendwelche der Mitwirkung des Gerichts bedürfende Prozeßhandlung nicht vorzunehmen ist. Auch passen die Worte des

Digitized by Google

§ 200 „Der Lauf einer Frist ... wird gehemmt" auf die Zeitmaße, die man Zwischenfristen heißt, nicht wohl. [Vgl. Gaupp I S. 379 u. 394, A. Förster N. 2 d zu § 194, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 268. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Planck I S. 505 N. 14, Alexander-Katz a. a. O. S. 512 ff.]

§ 202.

Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen mit Ausnahme der Notfristen verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein anderes bestimmt ist.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 584, 585.

1. Zu Abs. 1: Die Vereinbarung kann daher schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Einer gerichtlichen Genehmigung oder einer Anzeige bei Gericht bedarf es nicht zur Gültigkeit der Vereinbarung. Aus den §§ 77, 79 ergiebt sich, daß die Prozeßbevollmächtigten die Verlängerung und die Abkürzung der Fristen vereinbaren können und daß ihnen diese Befugnis nicht entzogen werden kann.

Das Verzeichnis der Notfristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. h vor § 191 S. 253. Die Vereinbarung der Parteien, daß die zur Eröffnung der Notfrist erforderliche Zustellung nicht vor einem gewissen Zeitpunkte erfolgen solle, hat nicht die Kraft, den Beginn und den Lauf der Notfrist zu hindern, wenn der Vereinbarung entgegen vor jenem Zeitpunkte zugestellt wird.

Durch besondere gesetzliche Bestimmung (§ 212 Abs. 2) ist die Verlängerung der Restitutionsfrist ausgeschlossen. Wegen Anwendung dieser Vorschrift auf die Restitutionsfrist des § 213 Abs. 2 s. Bem. Nr. 6 zu § 213.

2. Zu Abs. 2: Über den Unterschied zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 252. Alle richterlichen Fristen können auf Antrag abgekürzt oder verlängert werden. Die gesetzlichen Fristen können nur abgekürzt oder verlängert werden, wenn dies im Gesetze besonders bestimmt ist. Solche besondere Bestimmung findet sich in § 125 Abs. 2, wo Verlängerung und Abkürzung gestattet, in § 189, wo Verlängerung gestattet, und in § 204, wo Abkürzung gestattet ist. — Was erhebliche Gründe sind, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. Wegen Glaubhaftmachung s. § 266.

3. Zu Abs. 3: Die Bestimmung gilt für Fristverlängerungen durch Vereinbarung und durch richterliche Entscheidung. Sie ist dem HGB. Art. 333 nachgebildet.

§ 203.

Über das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 585.

Digitized by Google

1. Das Gesuch (= Antrag) [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 231] um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann sowohl schriftlich, wie auch gelegentlich einer mündlichen Verhandlung mündlich angebracht werden. Zu Protokoll des Gerichtsschreibers kann das Gesuch nur im Verfahren vor den Amtsgerichten angebracht werden. Über das Gesuch entscheidet das Gericht, nicht der Vorsitzende (zwei Ausnahmen: §§ 125 Abs. 2 und 204 Abs. 3). Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119.

2. Das Gesuch um die erste Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängiges Gehör des Gegners bewilligt und abgewiesen werden. Jedes Gesuch um wiederholte Verlängerung, auch wenn die erste Verlängerung vereinbart war, kann ohne vorgängiges Gehör des Gegners abgewiesen werden; dagegen ist die Bewilligung des Gesuchs nur nach vorgängigem Gehör des Gegners gestattet. — Das Gesuch um Abkürzung einer Frist kann ohne Gehör des Gegners abgewiesen, dagegen nicht ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. Eine Ausnahme von der letzten Regel ist für die Fristen des § 204 Abs. 1 in § 204 Abs. 3 gemacht. Der Gegner kann in mündlicher Verhandlung gehört oder zu schriftlicher Erklärung aufgefordert werden.

3. Die Entscheidung, wodurch das Gesuch um Abkürzung einer Frist zurückgewiesen wird, ist nach § 530 durch Beschwerde anfechtbar. Die Entscheidung, wodurch das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung bewilligt wird, ist nicht selbständig anfechtbar, auch nicht, wenn der Vorschrift des Abs. 2 zuwider der Gegner nicht gehört wurde [vgl. Schultzenstein Ztschr. f. d. CPr. XV S. 405 ff.]; sie unterliegt aber der Beurteilung der höheren Instanz, wenn das Endurteil durch Rechtsmittel angefochten ist (§§ 473, 510). Die Zurückweisung des Fristverlängerungsgesuchs ist unanfechtbar.

§ 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen, sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß infolge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Beteiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Beteiligten abschriftlich mitzuteilen.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 585.

1. Verzeichnisse der Einlassungs-, der Ladungs- und der für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmten Fristen s. Bem. Nr. 4 Ziff. 1 Abs. I litt. c bis e vor § 191 S. 252 f.

2. Die Abkürzung der in Abs. 1 bezeichneten Fristen kann nur auf Antrag erfolgen. Für das Gesuch [= Antrag, vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 231] gilt das in Bem. Nr. 1 zu § 203 Gesagte. Wird das Gesuch um Abkürzung einer der in Abs. 1 bezeichneten Fristen in der mündlichen Verhandlung gestellt, so steht die Entscheidung dem Gerichte (nicht dem Vorsitzenden) zu. Die Abkürzung darf kaum ohne vorgängiges Gehör des Gegners beschlossen werden. Wird das Gesuch außerhalb der mündlichen Verhandlung gelegentlich des Gesuchs um Terminsbestimmung gestellt, so entscheidet der Vorsitzende (nicht das Gericht) über das Gesuch. Er kann ohne Gehör des Gegners und des sonst Beteiligten die Abkürzung verfügen oder den Antrag abweisen. Er kann aber auch den Gegner vor der Entscheidung hören. Dem Gerichte kann die Entscheidung über das gelegent-

Digitized by Google

lich eines Gesuchs einer Terminsbestimmung gestellte Abkürzungsgesuch nicht zugeschoben werden. — Beschließt das Gericht die Abkürzung, so ist der Beschluß zu verkünden. Einer Mitteilung des verkündeten Beschlusses an die nichterschienene Partei bedarf es in den Fällen der nach §§ 300 Abs. 2, 302, 316 i. f., 578 Abs. 2 (611, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, 626 Abs. 4) erforderlichen Ladung. Verfügt der Vorsitzende die Abkürzung, so ist die Verfügung dem Gesuchsteller auszuhändigen. Dieser hat die Verfügung dem Beteiligten mit der Ladung mitzuteilen. Die Unterlassung der Mitteilung hat dieselbe Wirkung, wie wenn ohne Einhaltung der Einlassungs- ꝛc. Frist zugestellt wäre. Es entstehen also Rechtsnachteile zur Sache nicht daraus; doch kann kein Versäumnisurteil erwirkt werden.

3. In § 204 ist das in § 202 aufgestellte Erfordernis der Glaubhaftmachung erheblicher Gründe nicht wiederholt. Es gilt also dieses Erfordernis nicht für die Abkürzung der in § 204 bezeichneten Fristen.

4. Gegen den den Abkürzungsantrag abweisenden Beschluß ist Beschwerde zulässig (§ 530); die bewilligende Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar.

§ 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. „Aufhebung" eines Termins umfaßt die Begriffe Verlegung eines Termins, Vertagung der Verhandlung und Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung, aber immer nur deren negative, den Termin aussetzende Seite. Die Aufhebung eines Termins kann in jedem Stadium des Verfahrens, es kann die Aufhebung von Terminen jeder Art, auch der zur Beweiserhebung bestimmten, vereinbart werden. Dieses ergiebt sich sowohl aus der allgemeinen Fassung des § 205 Abs. 1, wie daraus, daß nach § 228 Abs. 1 die Parteien in jedem Stadium des Verfahrens, auch während des Beweisverfahrens, vereinbaren können, daß das Verfahren ruhen solle; diese weiter gehende Befugnis schließt die Befugnis zur Aufhebung des Termins in sich. [Vgl. Ztschr. f. R. u. VR. III S. 354 und 395 f.] Eine Form der Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben; die Vereinbarung kann daher schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Der gerichtlichen Genehmigung oder der Anzeige bei Gericht bedarf es nicht zur Gültigkeit der Vereinbarung. Wird die Aufhebung eines Termins zur Beweisaufnahme vereinbart, so ist eine Anzeige bei Gericht insofern notwendig, als außerdem das Gericht die Beweisaufnahme auch bei Nichterscheinen der Parteien bewirken würde (§ 332). — Die in GKG. § 48 vorgesehene Strafgebühr kann bei Vereinbarung der Parteien nicht erhoben werden [vgl. Wilm. Levy N. 1, RG. 30. Apr. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1179, 7. Dez. 1887 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 206 ff.].

2. „Verlegung" eines Termins — s. Bem. Nr. 1 zu § 206. Die Verlegung eines Termins kann auf Antrag bewilligt werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind; arg. § 202 Abs. 2. Über das Gesuch um Verlegung eines Termins kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden; arg. § 203 Abs. 1. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 203. Die Bestimmung des neuen Termins ist Sache des Vorsitzenden. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Das erste Gesuch um Verlegung eines Termins auf einen späteren Tag kann ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. Das zweite und folgende derartige Gesuch kann ohne Gehör des Gegners abgewiesen werden. Die Bewilligung der wiederholten Verlegung auf einen späteren Tag

Digitized by Google

ist nur nach vorgängigem Gehör des Gegners möglich; arg. § 203 Abs. 2. Wird die Verlegung eines Termins auf einen früheren Tag beantragt, so greift § 203 Abs. 2 ein; denn eine solche Verlegung enthält stets eine Abkürzung der Zwischenfrist, die durch die Bekanntgabe des ursprünglich bestimmten Termins dem Gegner gewährt wurde. Es kann also ein derartiges Gesuch nicht ohne Gehör des Gegners bewilligt werden. § 204 Abs. 3 ist nur auf den Fall der ursprünglichen Terminsbestimmung berechnet und kann zu Folgerungen auf die Verlegung des ursprünglichen Termins nicht verwendet werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm Levy 2, Gaupp I S. 399, Petersen (2) S. 341, Planck I S. 513 N. 68. AM. Hellmann Komm. I S. 568.] Eine Anfechtung des zurückweisenden Beschlusses findet nicht statt; arg. § 203 Abs. 3. Der dem Antrage stattgebende Beschluß ist nicht selbständig anfechtbar [RG. 17. März 1884 Entsch. XV Nr. 119 S. 422], unterliegt aber der Beurteilung der höheren Instanz, wenn das Urteil durch Rechtsmittel angefochten ist (§§ 473, 510). Wegen der Kosten der Terminsverlegung vgl. § 90.

Nicht unter die Regeln über Terminsverlegungsgesuche fällt, wenn eine Partei vor Zustellung der von ihr nachgesuchten Terminsbestimmung an den Gegner den Vorsitzenden um einen früheren oder späteren Terminstag ersucht. Ein solches Gesuch kann von kurzer Hand bewilligt werden.

3. Wird die Vertagung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung (s. Bem. Nr. 1 zu § 206) beantragt, so ist der erschienene Gegner zu hören; ist der Gegner nicht erschienen, so greift § 300 ein (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 300). Über den Antrag entscheidet das Gericht durch Beschluß. Dieser ist zu verkünden. Ladung zu dem verkündeten Termine ist nur in den in Bem. Nr. 1 zu § 195 bezeichneten Ausnahmefällen nötig. Der Beschluß, wodurch ein Vertagungsantrag abgewiesen wird, ist arg. § 530 durch Beschwerde anfechtbar, weil eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist [vgl. RG. 25. Apr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 88 S. 369]. Alle anderen Beschlüsse sind nicht selbständig anfechtbar (arg. § 530). Wegen der Kosten s. § 90 und GKG. § 48.

§ 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

Mot. S. 164. KPr. S. 75, 535.

1. Verlegung eines Termins ist die Veränderung der Terminszeit (gewöhnlich des Terminstags, möglicherweise auch der Terminsstunde) vor dem Termine. Vertagung einer Verhandlung ist die in dem angesetzten Termine nach Aufruf der Sache aber vor Eintritt in die Verhandlung erfolgende Verschiebung des Termins auf einen späteren Zeitpunkt. Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung ist die Terminsbestimmung, die in dem Termine nach Eintritt in die Verhandlung unter Abbruch der Verhandlung erfolgt.

2. Daß von Amtswegen ein Termin verlegt, eine Verhandlung vertagt oder eine Verhandlung abgebrochen werden soll, kann nur das Gericht (nicht der Vorsitzende) beschließen; denn alle Entscheidungen, die das Gesetz nicht dem Vorsitzenden ausdrücklich zuweist, sind durch das Gericht zu erlassen. Diese Ansicht wird bestätigt bezüglich der Terminsverlegung durch § 205 Abs. 2 vgl. m. § 203 und durch die nordd. Prot. S. 390; aus § 193 Abs. 2 folgt nicht das Gegenteil, denn hier ist nur die Bestimmung des Terminstags dem Vorsitzenden zugewiesen. Betreffs der Vertagung vgl. § 245 Abs. 2 und nordd. Prot. S. 445. Was den Fortsetzungstermin betrifft, so wird ein solcher erst nötig nach

Digitized by Google

Abbruch der Verhandlung; dieser aber kann nicht vom Vorsitzenden verfügt werden; aus § 127 Abs. 3 folgt nur, daß der Vorsitzende die Zeit des Fortsetzungstermins zu bestimmen hat. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 342. AM. bezüglich der Terminsverlegung und der Anberaumung eines Fortsetzungstermins Struckm. Koch N. 1; nur bezüglich der Anberaumung eines Fortsetzungstermins Gaupp I S. 400. Unbestimmt Planck I S. 157 N. 31 vgl. mit S. 512 N. 60.] Ist durch das Gericht die Terminsverlegung, die Vertagung oder der Abbruch der Verhandlung beschlossen, so hat der Vorsitzende den neuen Terminstag zu bestimmen (arg. § 193 Abs. 2).

3. Erfolgt die Verlegung eines Termins von Amtswegen, so ist der Beschluß samt der neuen Terminsbestimmung den Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294), es wäre denn der Beschluß verkündet. Die Vertagung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung wird verkündet. Es bedarf daher keiner Ladung, soweit nicht eine der in Bem. Nr. 1 zu § 195 erwähnten Ausnahmen Platz greift.

4. Gegen den Beschluß, der die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung von Amtswegen ausspricht, ist kein selbständiges Rechtsmittel zulässig [vgl. RG. 17. März 1884 Entsch. XV Nr. 119 S. 422]. Wegen der Kosten s. § 90 und GKG. § 48.

§ 207.

Die in diesem Titel dem Gerichte und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

KPr. S. 75, 535.

1. Wegen des Unterschiedes zwischen einem beauftragten und einem ersuchten Richter vgl. Bem. Nr. 1 zu § 151.

2. Wegen Beschwerde gegen eine Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters vgl. §§ 539 Abs. 1, 540 Abs. 4.

Vierter Titel.

Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Zur Erreichung des Prozeßzwecks ist es nötig, daß das Gesetz an die Unterlassung von Prozeßhandlungen innerhalb der für prozessuales Handeln überhaupt oder für einzelne Prozeßhandlungen gesetzten Zeitgrenze gewisse Rechtsfolgen anknüpft, die man als Folgen der Versäumung (im weitesten Sinne des Wortes) bezeichnet. Man nennt diese Folgen nach althergebrachter Terminologie Rechtsnachteile (so die Mot. S. 165, vgl. a. Wetzell Syst. § 49), auch wohl Ungehorsamsstrafen, weil sie regelmäßig die prozessualische Lage des Säumigen verschlechtern, wenn dies auch keineswegs im Begriffe der Versäumnisfolge liegt. Darüber, ob diese Rechtsfolgen auf eine Verpflichtung der Parteien zu prozessualischem Handeln zurückzuführen sind, s. Bem. Nr. 1 zu § 129 und die daselbst angeführte Litteratur. Die Frage ist zu verneinen; sämtliche Versäumnisfolgen lassen sich auf das Prinzip der Rechtsverwirkung (Präklusion) zurückführen. Der Säumige verliert gewisse prozessualische Befugnisse, weil er die zu deren Ausübung erforderlichen Handlungen nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsmäßig vorgenommen hat. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 55 ff. Abweichend v. Canstein Ztschr. f. d. Pr. XVI S. 56 ff.] Der letzte Grund der Rechtsverwirkung ist die Notwendigkeit eines geordneten Verfahrens.

Das Gesetz unterscheidet zwischen den Folgen der Terminsversäumnis (totaler Versäumnis) und den Folgen der Versäumung einzelner Prozeßhandlungen (partieller Ver-

Digitized by Google

säumnis). Jene sind in den §§ 295 ff. bestimmt, wo auch der Rechtsbehelf zur Aufhebung der Folgen dieser Versäumnis, der Einspruch, behandelt ist. Alle zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine sind in dem Sinne peremptorisch, daß (abgesehen von den Ausnahmen der §§ 316 ff., 578, 611, 620, 624, 626) auf die erste Ladung hin die Versäumnisfolgen eintreten. Wiedereinsetzung gegen Terminsversäumung giebt es im Gesetze nicht. — Von den Folgen totaler und partieller Versäumung handeln die §§ 208 und 209. Wegen besonderer Versäumnisfolgen s. Bem. Nr. 2 zu § 208. Durch § 209 wird die Notwendigkeit einer Androhung der Versäumnisfolgen verneint und deren Eintritt für unabhängig von einem Parteiantrage erklärt. Wegen der Ausnahmen s. Bem. Nr. 1 zu § 209.

Die §§ 210—216 enthalten die Grundsätze über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf von Fristen. Nur gegen den Ablauf von Notfristen ist Restitution möglich. Die Restitutionsgründe sind auf ein enges Maß eingeschränkt.

§ 208.

Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

Mot. S. 165—169. KPr. S. 75, 535.

1. Die Motive bemerken: „Die rechtlichen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung sind teils allgemeine, teils besondere. Der § 208 behandelt nur die ersteren und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete prozessuale Einzelhandlung oder einen Termin verabsäumt, bzw. eine Prozeßhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz oder partiell unterläßt. Versäumung und Verweigerung sind völlig gleichgestellt. Daß diese Folgen darin zu bestehen haben, daß die Partei (neben der Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstehenden Kosten §§ 90, 216 Abs. 3, 309) mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen wird, welche innerhalb der betreffenden Frist vorzunehmen war, ist bereits bestehendes Prozeßrecht in Deutschland."

2. Besondere Folgen der Versäumung sind:

1) Begründung der Zuständigkeit, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, zur Hauptsache verhandelt, nach § 39;
2) die Präklusion des Widerspruchs der mit dem Bevollmächtigten erschienenen Partei gegen die thatsächlichen Erklärungen des Bevollmächtigten nach § 81;
3) die absolutio ab instantia oder Verwerfung des Rechtsmittels nach § 105, wenn die Sicherheit für die Prozeßkosten nicht geleistet ist;
4) die Fiktion eines sog. Zugeständnisses von Thatsachen in §§ 129, 217 Abs. 4, 296, 316 Abs. 2, 503, 520, insbesondere die Annahme der Echtheit einer Urkunde in §§ 404 Abs. 3, 406 Abs. 3, als Folge des Nichtbestreitens;
5) der Ausspruch, daß das durch den Tod der Partei unterbrochene Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei, nach § 217 Abs. 4;
6) die Annahme, daß das Verfahren aufgenommen sei, im Falle des § 221 Abs. 2 als Folge des Unterbleibens der Bestellung eines neuen Anwalts;
7) das Ruhen des Verfahrens als Folge des Ausbleibens beider Parteien in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nach § 228;
8) die Annahme der Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage, wenn er ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, nach § 241;
9) der Verlust der Befugnis, die Verletzung gewisser Prozeßnormen zu rügen, nach § 267;

Digitized by Google

10) die Abweisung der Klage, Verwerfung der Berufung und Revision nach §§ 295, 504, 520 bei Ausbleiben des Klägers, Berufungs-, Revisionsklägers;
11) die Verwerfung des Einspruchs nach § 310;
12) die in §§ 392, 406 Abs. 2 für den Fall der Verweigerung des Editionseides und der Vorlegung einer Urkunde im Prozesse angedrohten Rechtsfolgen;
13) die Annahme der Eidesverweigerung nach §§ 417 Abs. 2, 430;
14) die Annahme, daß die zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, bei Ausbleiben des Berufungsbeklagten nach § 504 Abs. 4;
15) das Erlöschen der Wirkungen der Rechtshängigkeit nach den §§ 637 und 641;
16) die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nach § 688 Abs. 2; vgl. §§ 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 710 Abs. 4;
17) die Annahme der Zurückziehung des Widerspruchs gegen den Teilungsplan nach § 767 (vgl. § 764);
18) die Entlassung des Schuldners aus der Haft nach § 792;
19) die Aufhebung des Arrestes nach § 806 Abs. 2, vgl. auch 813 Abs. 2;
20) die Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 820 Abs. 2;
21) die Ernennung der Schiedsrichter durch das Gericht nach § 855 Abs. 2.

Auch diese Versäumnisfolgen lassen sich auf das Prinzip der Verwirkung (Präklusion) zurückführen, vgl. die Bem. vor § 208. — Anderer Art sind die in §§ 392, 579 Abs. 3, 739 Abs. 2, 769 Abs. 1, 770, 771 Abs. 1, 772—779, 782 aufgestellten Folgen der Nichterfüllung prozessualischer (§§ 388, 579 Abs. 3, 739 Abs. 2, 782) oder materiellrechtlicher (§§ 387, 769—779) Pflichten.

3. Die allgemeinen Versäumnisfolgen treten, soweit nicht im Gesetze ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist (s. §§ 44, 73, 247, 319, 332, 339, 367, 398, 490), erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, also bei mehreren aufeinander folgenden Terminen mit dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung ein, auf die das Urteil (End-, Teil-, Zwischenurteil) ergeht. In dem Verfahren, das durch Beschluß beendigt wird, treten sie ein mit dem Abschlusse der mündlichen oder schriftlichen Verhandlung. Die Nachholung versäumter Prozeßhandlungen aus restitutionsähnlichen Gründen ist gestattet in §§ 44 Abs. 4, 247 Abs. 3, 319, 332, 339, 467, 490, 869. [Über diese Nachholungen vgl. Ude Ztschr. f. d. CPr. X S. 72 ff.]

§ 209.

Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachteils gerichteten Antrag erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

Mot. S. 165—170. KPr. S. 75, 535.

1. Zu Abs. 1: Weder die allgemeinen noch die besonderen Folgen der Versäumung bedürfen einer vorgängigen Androhung für den Einzelfall. Ausnahmen: Zahlungsbefehl (§ 632) und Aufgebot (§ 824 Nr. 3). Keine Ausnahme enthält § 468; denn Androhung der Versäumnisfolge ist hier nicht vorgeschrieben. Auch § 775 Abs. 2 nicht; denn hier steht keine Versäumung einer prozessualischen Handlung in Frage. Ebensowenig die Vorschrift des § 342 Nr. 3, da es sich auch hier nicht um Versäumung einer Prozeßhandlung handelt. Die einer Androhung nicht bedürftigen Versäumnisfolgen treten kraft Gesetzes

Digitized by Google

ein ohne ein hierauf gerichtetes Verlangen. Zur Verwirklichung der Versäumnisfolgen wird ein Antrag erfordert in §§ 295, 296, 312, 105, 144, 217 Abs. 4, 223 Abs. 2, 318 Abs. 2, 430, 504, 520, 563 Abs. 3, 578 Abs. 4, 611, 620, 626, 639, 767, 829.

2. Zu Abs. 2: Ist zur Verwirklichung der Versäumnisfolgen ein Antrag und folglich eine Entscheidung erforderlich, so ist die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung nicht bloß bis zum Antrage, sondern auch nach dem Antrage bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung (§ 117), in den Fällen der §§ 105, 634, 828 bis zum Erlasse der richterlichen Entscheidung möglich. — Die Motive bemerken: „Daß übrigens unter dem auf Verwirklichung des prozessualischen Nachteils gerichteten Antrage, wo nicht ein anderes erhellt, nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag, zu verstehen und entscheidend ist, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze (hann. Prot. XVI S. 6240)."

§ 210.

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Versäumung zulässig ist, wird eine Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

Mot. S. 170, 171. KPr. S. 75, 585.

1. Die restitutio propter minorem aetatem, die nach dem gemeinen Rechte und nach Partikularrechten auf den Fiskus, auf Gemeinden, Kirchen, Stiftungen ꝛc. ausgedehnt worden ist, ist durch § 210 aufgehoben, soweit es sich um prozessualische Versäumungen handelt. Ob die Versäumung durch den Minderjährigen selbst oder durch einen Vertreter geschah, ist gleich [OLG. Cassel SA. XLVII Nr. 112].

2. Aus der besonderen Erwähnung der restitutio propter minorem aetatem in § 210 ist nicht zu schließen, daß die Restitution aus den übrigen gemeinrechtlichen Restitutionsgründen (Zwang, Betrug, Irrtum, Abwesenheit ꝛc.) gegen prozessualische Versäumungen zulässig sei; vielmehr ist auch die Restitution aus diesen Gründen ausgeschlossen.

3. Der Ausdruck „Vertreter" in § 210 Abs. 2 umfaßt sowohl die gesetzlichen Vertreter, als auch die Stellvertreter prozeßfähiger Parteien, die Prokuristen, General- und Spezialmandatare, die Prozeßbevollmächtigten einschließlich der Substituten, die negotorium gestores (§ 85) und die Zustellungsbevollmächtigten; nicht aber die mit der Zustellung betrauten Personen (Gerichtsvollzieher, Postboten, Gerichtsschreiber) [vgl. RG. 25. Mai 1883 Entsch. X Nr. 110 S. 362]. — Aus Abs. 2 darf nicht gefolgert werden, daß eine unverschuldete Versäumung des Vertreters stets Restitutionsgrund sei. Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 211.

§ 211.

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Notfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat.

Mot. S. 171—178. KPr. S. 75, 585. Vgl. StrPrO. § 44.

Litteratur: Ude Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 779 ff., Hellmann Lehrb. S. 791 f.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1: Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet nur gegen Notfristen (deren Verzeichnis s. Bem. Nr. 4 litt. h vor § 191) statt. Sie ist dem Restitutionsgrunde nach auf „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" beschränkt, welche Begriffe zusammengenommen der vis maior des Art. 395 des HGB. entsprechen (Mot. S. 172). [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 1 ff., 67 ff., 111 ff.] Über höhere Gewalt vgl. Goldschmidt in der Ztschr. f. d. ges. HR. III S. 58, 331 ff., XVI S. 324 ff., v. Hahn Komm. z. HGB. 2. Aufl. II S. 431, Schott in Endem. Handb. III S. 44 ff., Exner Ztschr. f. Pr. u. d. R. X S. 497 ff., Dernburg eod. XI. 335 ff., Hölder Kr. VJSchr. XXVI S. 531 ff., Klein schuldhafte Parteihandlung (Wien 1885) S. 201 ff., Huber z. Begr. d. höh. Gew. (Bern 1885), Hafner ü. d. Begr. d. höh. Gew. (Zürich 1886), Gerth der Begr. d. höh. Gewalt (Berlin 1890), darüber Hölder Gött. GA. 1892 S. 145; Baron Arch. f. c. Pr. LXXVIII S. 203 ff., v. Hollander Vis maior (Jena 1892). Der Ausdruck „höhere Gewalt" findet sich auch im Haftpflichtgesetze v. 7. Juni 1871 § 1. Der Begriff ist weiter, als der im Postgesetze vom 28. Okt. 1871 § 6 verwendete Begriff eines „unabwendbaren Naturereignisses". Aus der Nebeneinanderstellung von Naturereignissen und *anderen unabwendbaren Zufällen* ergiebt sich, daß auch eine durch die Handlung oder Unterlassung eines Menschen herbeigeführte Verhinderung Restitutionsgrund sein kann.

Ein unabwendbarer Zufall (höhere Gewalt) ist nicht schon anzunehmen, wenn der Partei und ihrem Vertreter kein Verstoß gegen die diligentia boni patris familias zu Last fällt, sondern nur, wenn ein außer dem Bereiche des Berechenbaren gelegenes Ereignis die Partei an der Einhaltung der Notfrist verhinderte. Es genügt also das Nichtvorhandensein eines Verschuldens der Partei und ihres Vertreters noch nicht zur Annahme eines unabwendbaren Zufalls. [Vgl. RG. 7. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 421, 29. März 1881 III Nr. 128 S. 439, 4. Juni 1888 SA. XLIV Nr. 54.] *Einzelne Fälle:* RG. 5. Nov. 1880 Entsch. II Nr. 125 S. 427 versagt die Restitution, wenn die Berufungsschrift erst am vorletzten Tage der Berufungsfrist dem GV. zur Zustellung übergeben ist; die Übergabe hätte nicht solange verschoben werden sollen. — RG. 10. März 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 123, 19. April 1881 Entsch. IV Nr. 106 S. 384, v. 20. Jan. 1883 VIII Nr. 112 S. 376, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 249, OLG. Oldenburg SA. XLIX Nr. 54, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 108 erteilen wegen verspäteter Bewilligung des Armenrechts keine Restitution gegen Ablauf der Rechtsmittelfristen, wenn das Gesuch um Bewilligung des AR. früher angebracht werden konnte. Das U. d. RG. 26. Sept. 1884 Entsch. XII Nr. 107 S. 375 gewährt die Rest. aus dem angegebenen Grunde, wenn das Gesuch um Bewilligung des AR. so zeitig als möglich gestellt worden ist, vgl. a. 7. Juni 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1207. Lazer RG. 23. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 98 S. 389, das die Rest. wegen verspäteter Bewilligung des AR. in einem Falle erteilt, wo das AR. 14 Tage nach der Zustellung des Urteils erbeten worden war. Vgl. a. RG. 15. Apr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 407, 15. Jan. 1891 SA. XLVIII Nr. 67, 15. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1229, OLG. Nürnberg Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 36. — RG. 19. April 1881 Entsch. IV Nr. 106 S. 384 versagt die Restitution bei Verspätung eines Eisenbahnzugs; es hätte nicht der letzte Tag abgewartet werden sollen. — RG. 28. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 270 versagt die Restitution, wenn die Versäumung der Rechtsmittelfrist darauf beruhte, daß der Anwalt des Rechtsmittelklägers dem Gegner eine unbeglaubigte Abschrift der Rechtsmittelschrift zustellen ließ, die er für beglaubigt hielt. — RG. 25. Mai 1883 Entsch. X Nr. 110 S. 362 gewährt die Restitution in einem Falle, wo die Fristversäumnis darauf beruhte, daß der Gerichtsvollzieher eine inkorrekte Ersatzzustellung vornahm. — RG. 8. Nov. 1887 SA. XLIII Nr. 231

Digitized by Google

gewährt die Rest. gegen Ablauf der Beschwerdefrist, wo die Frist versäumt wurde, weil das Gerichtslokal vorzeitig geschlossen war. — RG. 21. Sept. 1891 SA. XLVII Nr. 294 versagt die Rest. in einem Falle, wo die Zustellung deswegen ungültig war, weil weder der Anwalt noch der GV. die zugestellte Abschrift beglaubigt hatten.

Ein unabwendbarer Zufall, der die Person des Vertreters (über den Begriff s. Bem. Nr. 3 zu § 210) betrifft, kann Restitutionsgrund sein. Krankheit des Prozeßbevollmächtigten ist nicht immer Restitutionsgrund. [Vgl. RG. 28. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 124 S. 424.]

Das Vorhandensein eines Verschuldens der Partei oder des Vertreters (s. Bem. Nr. 3 zu § 210) schließt die Annahme eines unabwendbaren Zufalls von vornherein aus [vgl. RG. 7. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 421, 29. März 1881 III Nr. 128 S. 439, OLG. Cassel SA. XLVIII Nr. 214].

2. Zu Abs. 2: Leichter als gegen Versäumung anderer Notfristen gewährt das Gesetz die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Einspruchsfrist (§ 304). Bei dieser ist neben dem unabwendbaren Zufalle der weitere Restitutionsgrund zugelassen, daß die Partei ohne ihr Verschulden von der Zustellung des Versäumnisurteils keine Kenntnis erhalten hat. Während in der Regel der Mangel eines Verschuldens zur Restitution nicht genügt, ist hier der Mangel eines Verschuldens genügender Restitutionsgrund. Die Vorschrift des § 210 Abs. 2, daß eine Versäumung, die in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht anzusehen sei, gilt auch für § 211 Abs. 2; daher ist der Abs. 2 nicht anwendbar, wenn ein Vertreter von der Zustellung des Urteils Kenntnis erhielt. — Die Vorschrift des Abs. 2 hängt mit dem Systeme der Ersatzzustellung zusammen; sie gilt auch für den Fall, daß öffentliche Zustellung erfolgte.

Hat die Partei innerhalb der Einspruchsfrist Kenntnis von der Zustellung erhalten, so ist die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Einspruchsfrist nach der Regel des § 211 Abs. 1 zu beurteilen; dann ist also die Wiedereinsetzung davon abhängig, daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle gehindert war, den Einspruch innerhalb der Notfrist einzulegen. Hat jedoch die Partei zwar innerhalb der Einspruchsfrist Kenntnis von der Zustellung des Versäumnisurteils erhalten, aber ohne ihr Verschulden so spät, daß die zur Wahrung der Einspruchsfrist nötige Zustellung nicht mehr erfolgen konnte, so ist die Wiedereinsetzung aus § 211 Abs. 2 zu gewähren.

§ 212.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Notfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

Mot. S. 171, 172. KPr. S. 75, 76, 535.

1. Die Restitutionsfrist ist keine Notfrist. Daher giebt es keine Wiedereinsetzung gegen deren Versäumung (restitutio restitutionis non datur); daher wird deren Lauf durch die Gerichtsferien gehemmt [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 144, OLG. Darmstadt Arch. f. pr. RW. XVII S. 103].

2. Die zweiwöchige Frist beginnt:

a) bei Restitution aus § 211 Abs. 1 mit dem Tage, an dem der die Partei oder ihren Vertreter an der Wahrung der Notfrist hindernde Umstand aufhört, als Hindernis

Digitized by Google

zu wirken. Über Hebung des in der Unkenntnis mangelhafter Zustellung gelegenen Hindernisses s. RG. 20. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 99 S. 344.

b) Bei Restitution aus § 211 Abs. 2 mit dem Tage, an dem die Partei von der Zustellung des Versäumnisurteils Kenntnis erhielt oder die Unkenntnis aufhörte, unverschuldet zu sein.

Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Der Gesuchsteller muß die Wahrung der Frist glaubhaft machen; vgl. Bem. Nr. 1 litt. c und d zu § 214. Ob die Frist eingehalten wurde, ist von Amtswegen zu prüfen, s. Bem. Nr. 2 zu § 216.

3. Die Frist in Abs. 3 wird durch die Ferien nicht berührt (vgl. S. 254); sie kann weder durch Vereinbarung noch durch Gerichtsbeschluß (arg. § 202 Abs. 2) verlängert werden.

§ 213.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Notfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu erteilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher, oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist beantragt werden.

EPr. S. 65—69, 76, 111, 112, 123—125, 585, 586, 606, 667. Ferner 168ste Sitz. S. 2, 3.

1. Litteratur: Bunsen Ztschr. f. d. CPr. V S. 249 ff., Ude Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 786 ff.

2. § 213 wurde von der JK. d. RT. eingefügt. Zuerst war zu Entw. § 194 ein Zusatz des Inhalts beschlossen, daß eine Notfrist gewahrt werde, wenn innerhalb der Frist der zuzustellende Schriftsatz zum Zwecke der Zustellung von der Partei dem Gerichtsvollzieher oder in den Fällen, in denen die Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers erfolgt, auf der Gerichtsschreiberei übergeben sei. Schon in der ersten Lesung wurde dieser Zusatz wieder beseitigt und die Einführung einer besonderen Art von Wiedereinsetzung für die Fälle beschlossen: a) wenn im Anwaltsprozesse spätestens am vierten Tage vor Ablauf der Notfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Handlung ausdrücklich beauftragt ist, oder b) wenn an dem letzten Tage der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsschreiber oder dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergeben ist. Nachdem der Beschluß der JK. d. RT. von dem Bundesrate beanstandet worden war, erhielt der Paragraph seine gegenwärtige Fassung. Die Wiedereinsetzung aus dem Grunde ad a wurde gestrichen. Zu der Wiedereinsetzung aus dem Grunde ad b wurde statt „vor dem letzten Tage der Notfrist" bestimmt „spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist". Dieser zu der sonstigen Strenge des Gesetzes nicht passende Restitutionsgrund wurde eingefügt, um der Partei, die durch das Gesetz genötigt ist, sich der Zustellungsbeamten zu bedienen, Schutz gegen Versäumnisse dieser Beamten zu gewähren, wenn die Partei ihrerseits das Erforderliche zur Bewirkung der rechtzeitigen Zustellung gethan hat. Der Restitutionsgrund des § 213 steht selbständig neben dem des § 211 Abs. 1, darf daher nicht zur Auslegung des § 211 verwendet werden. — Ist der Thatbestand des § 213 vorhanden, so muß die Restitution erteilt werden, auch wenn den Zustellungsbeamten ein Verschulden bei Versäumung der Notfrist trifft. — § 213 ist nicht bloß anwendbar, wenn der GV. die Zustellung verspätet ausführte, sondern

Digitized by Google

auch, wenn er innerhalb der Notfrist zustellte, die Zustellung jedoch ohne Verschulden der Partei ungültig ist. [Vgl. RG. 29. Jan. 1884 Entsch. XI Nr. 96 S. 375, Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 516, OLG. Karlsruhe SA. XLIII Nr. 155], ebenso wenn der GV. gar keine Zustellung ausführte [RG. 10. Okt. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1146]. Dagegen ist § 213 nicht anwendbar, wenn die Zustellung durch Verschulden der Partei oder ihres Bevollmächtigten nicht an die richtige Person, z. B. an die Gegenpartei selbst anstatt an ihren Prozeßbevollmächtigten, erfolgte [RG. 25. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 89 S. 365].

3. Das zuzustellende Schriftstück muß so zeitig dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber übergeben sein, daß außer dem Tage der Übergabe mindestens zwei volle Tage innerhalb der Notfrist zur Zustellung offen waren. [Vgl. RG. 18. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 225, 6. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 94 S. 317. Einen Tag mehr fordert LG. Leipzig Sächs. Arch. IV S. 720.] Der Zeitpunkt der Übergabe wird sich regelmäßig durch den in § 155 Abs. 2 vorgeschriebenen Vermerk oder durch die der Partei nach § 155 Abs. 2 auszustellende Bescheinigung erweisen lassen; andere Beweismittel sind nicht ausgeschlossen.

4. Da nach § 155 die betreibende Partei dem Gerichtsvollzieher oder dem Gerichtsschreiber nebst der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, denen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben hat und eine Verpflichtung des Gerichtsvollziehers oder des Gerichtsschreibers zur Anfertigung der Abschriften nicht besteht, so muß zur Restitution aus § 213 gefordert werden, daß neben der Urschrift auch die notwendige Zahl von Abschriften dem Gerichtsvollzieher oder dem Gerichtsschreiber rechtzeitig (s. Bem. Nr. 3) übergeben wurde. Übernimmt der Gerichtsvollzieher oder der Gerichtsschreiber die Besorgung der Abschriften (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 155), so thut er dies nicht in seiner Eigenschaft als Zustellungsbeamter, dessen sich die Partei bedienen muß, sondern als gewöhnlicher Mandatar oder Dienstvermieter. Versäumt er dann die rechtzeitige Anfertigung, so kann die auf seinem Verschulden beruhende Versäumnis nicht als eine von der Partei nicht verschuldete betrachtet werden (arg. § 210 Abs. 2). [Vgl. Bunsen a. a. O. S. 256, Ude a. a. O. S. 791.]

5. Von dem Wortlaute des § 213 ist der Fall nicht erfaßt, daß die zuzustellende Erklärung spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht (§§ 457, 462) und deren Zustellung dem Gerichtsschreiber überlassen ist. Da aber die Gründe, die für die Gewährung der Wiedereinsetzung bei rechtzeitiger Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks sprechen, auch in diesem Falle zutreffen und zu einer verschiedenen Behandlung der beiden Fälle kein Grund ersichtlich ist (daß der protokollierende Gerichtsschreiber die Abschriften erst noch anfertigen muß, ist kein entscheidendes Gegenargument), so ist die Wiedereinsetzung aus § 213 auch in dem angegebenen Falle zu gewähren. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Petersen (2) S. 352 f., Hellmann Lehrb. S. 792, Bunsen a. a. O. S. 257 ff., Bl. f. RA. XLVI S. 99, Ude a. a. O. S. 792, LG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 487, LG. Freiberg Sächs. Arch. III S. 368. AM. die 1.—5. Aufl. und Gaupp I S. 408 f.]

6. Die einmonatige Frist des § 213 Abs. 2 beginnt nach Ablauf der versäumten Notfrist ohne Rücksicht darauf, ob die Partei vor oder nach diesem Zeitpunkte von der Fristversäumung Kenntnis erhalten hat. Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Beispiel: Die Berufungsfrist wird eröffnet durch Zustellung am 31. März, sie läuft ab mit 30. April, die Restitutionsfrist endigt mit dem 30. Mai. Durch die Gerichtsferien wird der Lauf der Frist gehemmt (s. Bem. Nr. 1 zu § 212). Zweifelhaft ist, ob die Frist des § 213 Abs. 2 durch Vereinbarung verlängert werden kann. Nach § 202 Abs. 1 sind alle Nicht-Notfristen der Vereinbarung der Parteien preisgegeben. Eine Ausnahme enthält § 212

Digitized by Google

Abs. 2. Für die Anwendung dieser Bestimmung auf die Frist des § 213 Abs. 2 sprechen die Worte „muß — beantragt werden", ferner die Thatsache, daß der § 213 erst nachträglich in das Gesetz eingefügt wurde (s. Bem. Nr. 1). Nachdem die neue Restitutionsfrist des § 213 geschaffen, wäre eine neue Redaktion des § 212 Abs. 2 am Platze gewesen, um die beschränkende Interpretation des Verlängerungsverbots auszuschließen; obgleich dies unterblieben ist, so ist es doch gerechtfertigt, das Verbot des § 212 Abs. 2 auch auf die Restitutionsfrist des § 213 anzuwenden, weil kein sachlicher Grund ersichtlich ist, um die zwei Fristen im Punkte der Verlängerung verschieden zu behandeln. [Vgl. Gaupp I S. 409, Bunsen a. a. O. S. 251 ff. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 3.]

§ 214.

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1) **die Angabe der die Wiedereinsetzung begründeten Thatsachen;**
2) **die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;**
3) **die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.**

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte erfolgen.

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termine innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist erfolgt ist.

Mot. S. 173. KPr. S. 76, 124, 125, 585, 586, 666, 667. 168ste Sitz. S. 3.

1. Zu Abs. 1: a) Der den Restitutionsantrag enthaltende Schriftsatz ist derjenigen Partei zuzustellen, welcher der die versäumte Prozeßhandlung nachholende Schriftsatz zuzustellen ist. Ladung zur mündlichen Verhandlung ist nötig, wenn der Restitutionsantrag die versäumte Prozeßhandlung nachholt und diese der Ladung bedarf. Einer wiederholten Ladung bedarf es nicht, wenn im Restitutionsantrage auf die nachgeholte Prozeßhandlung Bezug genommen wird. — Ausnahmen von dem Gebote der Zustellung enthalten die Abs. 2 und 3.

b) Die unter Nr. 1—3 aufgestellten Erfordernisse des Schriftsatzes sind wesentlich. Das Gericht hat das Vorhandensein von Amtswegen zu prüfen (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a u. b zu § 216) und den Restitutionsantrag, der diesen Erfordernissen nicht entspricht, als unzulässig abzuweisen. [AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 385 ff.]

c) Die die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen sind aus §§ 211, 213 zu entnehmen. Auch die Thatsachen, aus denen die Rechtzeitigkeit des Restitutionsantrags sich ergiebt, sind anzugeben [vgl. RG. 6. Apr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 97 S. 400]. Eine andere als die im Schriftsatze enthaltene Begründung darf in der Verhandlung über den Restitutionsantrag nicht vorgebracht und in der Entscheidung über den Restitutionsantrag nicht berücksichtigt werden. Dies gilt auch für die zweitinstanzielle Verhandlung und Entscheidung über den Restitutionsantrag [RG. 15. Apr. 1885 Entsch. XVI Nr. 91 S. 368].

Digitized by Google

d) Der Schriftsatz muß die Mittel zur Glaubhaftmachung der bezeichneten Thatsachen angeben, nicht schon sie glaubhaft machen. Daraus, daß in Nr. 2 die Angabe nicht der Beweismittel sondern der Mittel zur Glaubhaftmachung gefordert wird, folgt, daß für jene Thatsachen in der Verhandlung die Regeln der Glaubhaftmachung gelten (Mot. S. 214). [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy (6) N. 4, Gaupp I S. 410, RG. 20. März 1889 SA. XLIV Nr. 234.] Über diese Regeln s. § 266 nebst den Bemerkungen. Wegen der Prüfung der Wahrheit der die Restitution begründenden Thatsachen s. Bem. Nr. 2 ad litt. a und b zu § 216.

e) Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung muß in dem Schriftsatze enthalten sein, d. h. der Schriftsatz muß seinem Inhalte und seiner Form nach auch den Vorschriften über die Einspruchs- (§ 305), Berufungs- (§ 479), Revisions- (§ 515), Beschwerde- (§ 548) Schrift, über die Wiederaufnahme- (§ 548) und Anfechtungs- (§§ 835, 870) Klage (§ 230) entsprechen. Nur wenn die Prozeßhandlung, also z. B. die Einlegung des Einspruchs, der Berufung ꝛc., schon ordnungsmäßig geschehen ist, genügt es, im Restitutionsgesuche darauf Bezug zu nehmen.

f) Für den Restitutionsantrag besteht der Anwaltszwang, wenn er für die versäumte Prozeßhandlung besteht. Im amtsgerichtlichen Prozesse kann der Restitutionsantrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden (§ 462); dann erfolgt die Zustellung gemäß § 458. Ebenso kann der Restitutionsantrag bei Versäumung der Beschwerdefrist (§ 540) in den Fällen des § 432 Abs. 2 zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden.

2. Zu Abs. 2: Gleichwie die Frist zur sofortigen Beschwerde durch Einreichung eines Schriftsatzes (im Falle des § 532 Abs. 2 durch protokollarische Erklärung) sowohl bei dem Gerichte, von dem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als bei dem Beschwerdegerichte gewahrt wird (§§ 532, 540), so kann auch der Antrag auf Wiedereinsetzung bei jedem der bezeichneten Gerichte erfolgen. In den Fällen der sofortigen Beschwerde gegen eine Verfügung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers (§ 539) ist der Antrag auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgerichte, nicht bei dem Beschwerdegerichte einzureichen. In § 539 Abs. 4 ist nämlich für diese Fälle vorgeschrieben, daß zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts nachgesucht werden muß. Hieraus folgt, daß in diesen Fällen auch der Antrag auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgerichte einzureichen ist.

3. Abs. 3 ist von der JK. der RT. eingefügt. Man ging von der Erwägung aus, daß möglicherweise die Partei oder ihr Anwalt von der Versäumung der Frist vor dem Termine keine Kenntnis erhalte. „Liege dann der Termin später, als einen Monat nach Ablauf der Notfrist, so sei die Restitution für die Partei verloren." Daher wurde gestattet, die Restitution ohne vorgängige Zustellung eines den Restitutionsantrag enthaltenden Schriftsatzes im Termine zu beantragen, auch wenn der Termin außerhalb der in § 213 Abs. 2 bestimmten Frist liegt, wenn nur die Ladung zu dem Termine innerhalb dieser Frist erfolgt ist. Diese Restitution ist nicht davon abhängig, daß die zu restituierende Partei vor dem Termine keine Kenntnis von der Fristversäumnis hatte.

Für den Restitutionsantrag nach § 214 Abs. 3 gelten die Erfordernisse des § 214 Nr. 1—3, sowie im Anwaltsprozesse die Vorschriften des § 269 Abs. 2 und 4 über schriftliche Formulierung der Anträge.

Die Restitution nach § 214 Abs. 3 kann auch beantragt werden, wenn der Gegner in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine nicht erschienen ist; sonst könnte der Gegner durch Nichterscheinen diese Restitution vereiteln. Zwar steht der sofortigen Verhandlung und Entscheidung der § 300 Nr. 3 im Wege; aber die Verhand-

Digitized by Google

lung wird vertagt und so wird dem Gesuchsteller Gelegenheit gegeben, seinen Antrag dem Gegner mit der Ladung (§ 300 Abs. 2) zuzustellen. Im zweiten Termine kann dann über den Antrag verhandelt und entschieden werden. [Vgl. Wilm. Levy N. 7, Gaupp I S. 411 N. 5.]

Auf die Restitution gegen die Notfrist des § 540 ist Abs. 3 des § 214 nicht anwendbar.

4. Der Antrag auf Wiedereinsetzung hemmt die Zwangsvollstreckung nicht; jedoch kann nach § 647 die Zwangsvollstreckung eingestellt werden.

§ 215.

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.

Mot. S. 173. KPr. S. 76, 536.

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, das über den versäumten Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil oder gegen den Schiedsspruch zu entscheiden hat. Welches Gericht zuständig ist, ergeben die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834, 871.

§ 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

Mot. S. 173, 174. KPr. S. 76, 536.

1. Zu Abs. 1: Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist das gleiche, welches bezüglich der versäumten Prozeßhandlung stattzufinden hätte, wenn diese rechtzeitig vorgenommen wäre. Es findet folglich mit Ausnahme der Restitution gegen Versäumung der sofortigen Beschwerde, für die die mündliche Verhandlung nur fakultativ ist, stets mündliche Verhandlung statt. Regelmäßig wird die Verhandlung über den Restitutionsantrag, das iudicium rescindens, mit der Verhandlung über die nachgeholte Prozeßhandlung, dem iudicium rescissorium, verbunden. Das Gericht kann durch Beschluß [§ 137] das Verfahren zunächst auf die Verhandlung über den Restitutionsantrag beschränken, wohl auch einen Termin lediglich zur Verhandlung über diesen Punkt bestimmen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137 und Bem. Nr. 3 litt. b zu § 312). Der Gegner des die Restitution Nachsuchenden hat nicht die Befugnis, bis zur Entscheidung der Restitutionsfrage die Einlassung zur Sache zu verweigern. Über den Antrag auf Wiedereinsetzung kann auch ohne vorherige Beschränkung der Verhandlung in einem Zwischenurteile entschieden werden, wenn dem Antrage stattgegeben wird. Wird der Antrag abgewiesen, so ist ein Zwischenurteil nicht möglich, denn in diesem Falle ist zugleich die Unzulässigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung auszusprechen.

Digitized by Google

2. Zu Abs. 2: a) Daraus, daß die Zulässigkeit des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der Beschwerde und der Wiederaufnahmeklage nach §§ 306, 397, 529, 537, 552 von Amtswegen zu prüfen ist, folgt, daß die Zulässigkeit eines auf Einspruchs-, Rechtsmittel- und Wiederaufnahmefrist bezüglichen Restitutionsantrags ebenfalls der Offizialprüfung unterliegt. Für die Prozeßhandlungen, die zur Wahrung der übrigen zwei Notfristen (§§ 835 und 870) dienen, ist Offizialprüfung der Zulässigkeit nicht vorgeschrieben. Aus dem Begriffe der Notfrist als einer der Parteiverfügung entzogenen Frist muß aber gefolgert werden, daß das Gericht die Zulässigkeit des Restitutionsantrags auch hier ex officio zu prüfen hat; sonst könnten die Parteien auf dem Umwege der Restitution über die Notfrist verfügen. Die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags ist nicht bloß von der Beobachtung der in § 214 vorgeschriebenen Formalien, sondern auch von dem Vorhandensein eines gesetzlichen Restitutionsgrundes (§§ 211, 213) bedingt; daher hat sich die Offizialprüfung auch hierauf zu erstrecken.

b) Daß auch die Rechtzeitigkeit des Restitutionsantrags der Offizialprüfung unterliegt, folgt daraus, daß die Verlängerung der Restitutionsfrist der Parteivereinbarung entzogen ist. Vgl. § 212 Abs. 2 und Bem. Nr. 6 zu § 213.

Ad a und b: Konsequenz der Offizialprüfung ist, daß die zur Begründung der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Restitutionsantrags behaupteten Thatsachen durch das Geständnis des Gegners nicht der Prüfung des Gerichts auf ihre Wahrheit entzogen werden. Näheres s. Bem. Nr. 8 zu § 261 [vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 188, 393]. Darüber, daß diese Thatsachen unter der Regel der Glaubhaftmachung stehen s. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 214.

c) Die Entscheidung über den Restitutionsantrag kann angefochten werden, wenn die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst anfechtbar ist; sie kann angefochten werden mit dem Rechtsmittel, das zur Anfechtung der Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung gewährt ist. Dies gilt für die Anfechtung durch beide Parteien. Wird eine Restitution durch Zwischenurteil zugelassen (s. Bem. Nr. 1 litt. a), so ist dieses erst mit dem Endurteile anfechtbar. Abgesehen von den unter litt. d und e besonders behandelten Fällen, wo die Entscheidung Versäumnisurteil ist, ergiebt sich folgendes: α) Die Entscheidung über den Antrag auf Restitution gegen Ablauf der Frist zum Einspruche gegen ein Urteil erster Instanz ist anfechtbar mit Berufung. Die E. ü. d. A. a. R. g. A. d. F. z. Einspr. g. e. U. zweiter Instanz ist anfechtbar mit Revision, wenn die zweite Instanz ein Oberlandesgericht ist. Die Revision ist durch das Vorhandensein der Revisionssumme bedingt. Die E. ü. d. A. a. R. g. A. d. F. z. Einspr. g. e. U. des Revisionsgerichts ist nicht anfechtbar. β) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Berufungsfrist ist anfechtbar mit Revision, wenn die zweite Instanz ein Oberlandesgericht ist. Die Revision findet statt ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes, arg. § 509 Nr. 1; denn es handelt sich um die Zulässigkeit der Berufung. γ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Revisionsfrist ist unanfechtbar. δ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Beschwerdefrist ist stets mit weiterer Beschwerde anfechtbar, wenn noch eine höhere Instanz vorhanden ist (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a und c zu § 531). ε) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Wiederaufnahmefrist ist anfechtbar mit Berufung, wenn das Gericht erster Instanz, mit Revision, wenn das Berufungsgericht für die Wiederaufnahme zuständig und Oberlandesgericht ist. Die Revisionssumme ist nötig. ζ) Die E. ü. d. A. a. R. g. A. der Klagefristen der §§ 835 und 870 ist anfechtbar mit Berufung.

d) Versäumt der Gesuchsteller den Termin, so ist auf Antrag des Gegners der Restitutionsantrag durch Versäumnisurteil abzuweisen (arg. § 295) und zugleich die nach-

Digitized by Google

geholte Prozeßhandlung (der Einspruch, die Berufung ꝛc.) als unzulässig (verspätet) zu verwerfen. Das gegen den Gesuchsteller ergangene Versäumnisurteil ist nicht mit Einspruch anfechtbar. Aus dem Grunde des § 474 Abs. 2 ist Anfechtung durch Berufung und Revision möglich.

e) Versäumt der Gegner des Gesuchstellers den Termin, so sind die zur Begründung des Rest.Antrags vorgebrachten Thatsachen nichts destoweniger vom Antragsteller glaubhaft zu machen und vom Gerichte auf ihre Wahrheit nach den Regeln über Glaubhaftmachung zu prüfen. Das sog. fingierte Geständnis des § 296 greift nicht ein, weil Offizialprüfung stattfindet (s. Bem. Nr. 1 ad litt. a und b). Bei der Offizialprüfung kann sich ergeben, daß der Rest.Antrag verspätet, daß die zur Begründung des Rest.Antrags vorgebrachten Thatsachen unwahr sind oder daß sie den Rest.Antrag nicht rechtfertigen; in diesen Fällen ist der Rest.Antrag abzuweisen. Ebenso, wenn der Rest.Antrag den Vorschriften des § 214 nicht genügt. Das abweisende Urteil ist kein Versäumnisurteil. Ergiebt sich aber, daß der Rest.Antrag formell ordnungsmäßig und sachlich begründet ist, so treten die weiteren Folgen der Versäumung bezüglich des iudicium rescissorium und zwar je nach Lage der Sache die Versäumnisfolge des § 295 oder des § 296 oder des § 504 ein; auf Grund deren ist ein Versäumnisurteil zur Hauptsache zu erlassen, das in den Gründen die Restitution gewährt. Dieses Versäumnisurteil kann vom Gegner des Restituierten mit Einspruch angefochten werden.

3. Zu Abs. 3: Vgl. § 309. — Im Falle des § 213 kann § 97 anwendbar werden. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 5, GO. s. RA. § 26.

Fünfter Titel.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

1. Stillstand des begonnenen Prozesses kann eintreten:

I. Zufolge Vereinbarung der Parteien und zufolge Nichterscheinens oder Nichtverhandelns beider Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung. Im Gesetze heißt dieser Stillstand „Ruhe des Verfahrens“ (§ 228).

II. Zufolge eines Ereignisses, mit dessen Eintritte das Gesetz unmittelbar den Stillstand eintreten läßt. Im Gesetze heißt dieser Stillstand „Unterbrechung des Verfahrens“. Solche Unterbrechung tritt ein:

1) in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters einer Partei, sofern der Prozeß für sie nicht von einem Bevollmächtigten geführt wird — §§ 217, 219, 223;
2) im Falle der gerichtlichen Konkurseröffnung, wenn der Prozeß nach den Vorschriften des Konkursrechts die Konkursmasse betrifft — § 218;
3) im Falle des Aufhörens der Thätigkeit des Gerichts infolge eines Krieges oder sonstigen Ereignisses (iustitium) § 222;
4) in Anwaltsprozessen im Falle des Todes des Anwalts oder des Verlustes seiner Fähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen — § 221;
5) nach RG. vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtungen von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens § 13 wird das Verfahren über den Anfechtungsanspruch durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners unterbrochen.

III. Zufolge eines Gerichtsbeschlusses. Im Gesetze heißt dieser Fall „Aussetzung des Verfahrens“.

Digitized by Google

Die Aussetzung des Verfahrens kann auf Antrag angeordnet werden, wenn in den unter II 1 erwähnten Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 223); sie kann auch von Amtswegen angeordnet werden, wenn die Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet oder wenn sie sich in einem durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder andere Zufälle vom Verkehr mit dem Prozeßgerichte abgeschnittenen Orte aufhält (§ 224). Das Gesetz läßt ferner die Aussetzung zu auf Antrag im Falle einer Hauptintervention (§ 62), von Amtswegen im Falle der Präjudizialität eines anderen Prozeß-, Straf- oder Verwaltungsverfahrens (§§ 139, 140) und in Ehesachen zum Zwecke der Wiederaussöhnung der Parteien (§ 580). Durch EG. § 15 Nr. 1 sind landesgesetzliche Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten mit Verwaltungsbehörden aufrecht erhalten. Die einzelnen Landesgesetze s. Bem. zu EG. § 15 Nr. 1.

Die Aussetzung des Verfahrens ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig. Der preuß. Entw. § 725 und der nordd. Entw. § 393 (vgl. nordd. Prot. I S. 410) sagten dies ausdrücklich. Die Motive z. d. Entw. III erklären dies für selbstverständlich. Der Satz wird auch durch § 229 (ad vv. „auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen") erwiesen. In der JK. d. RT. (KPr. S. 77) wurde besonders erwähnt, daß eine Aussetzung des Verfahrens durch Kabinetsjustiz nicht eintreten könne.

2. Über Unterbrechung des Mahnverfahrens vgl. Bem. Nr. 3 zu § 633.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 4, GO. f. RA. § 20.

§ 217.

Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Versäumnisurteil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

Mot. S. 174—176. KPr. S. 76, 536.

Litteratur: Frank Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 184 ff., Kohler Ges. Beitr. z. CPr. S. 349 ff.

1. Zu Abs. 1: Die Vorschriften des § 217 gelten bloß für den Fall, daß eine physische Person aufhört zu existieren. Sie sind nicht (auch nicht „entsprechend") anwendbar auf den Fall, daß eine juristische Person aufhört. In diesem Falle kann nach Umständen § 219 anwendbar werden, weil der Vertreter seine Legitimation verliert. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 415 N. 1. AM. Wach I § 46 N. 30, Kohler Prozeß als RV. S. 90 Note, Frank a. a. O. S. 214, OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 379.] Der Todesfall kann auch durch eine Todeserklärung erwiesen werden.

Die Unterbrechung durch den Tod tritt ein, ohne daß diese Thatsache dem Gegner oder dem Gerichte bekannt werden muß.

Digitized by Google

Durch den Tod eines Streitgenossen wird das Verfahren nur in Bezug auf seine Person unterbrochen; im übrigen kann es weitergehen, soweit dies nach dem materiellen Rechte möglich ist. Durch den Tod eines Nebenintervenienten wird das Verfahren unter den Hauptparteien nicht unterbrochen, wohl aber tritt Unterbrechung des Verfahrens im Verhältnisse zum Nebenintervenienten ein; die Rechtsnachfolger des Nebenintervenienten können in die Rolle des Nebenintervenienten einrücken und vom Gegner, der wegen der Kosten ein Interesse daran haben kann, dazu genötigt werden. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy N. 1. AM. Gaupp I S. 415. Nach Frank a. a. O. S. 205 f. soll der Tod eines Nebenintervenienten nur dann die Unterbrechung bewirken, wenn dieser nach § 66 als Streitgenosse gilt.]

Nach § 223 tritt keine Unterbrechung ein, wenn der Verstorbene durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist.

Eheprozesse sind im Falle des Todes eines Ehegatten in der Hauptsache erledigt; vgl. Bem. Nr. 4 vor § 568. Das Entmündigungsverfahren erledigt sich durch den Tod des zu Entmündigenden oder Entmündigten; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 593, Nr. 5 zu § 605.

Die Unterbrechung dauert fort bis zur Aufnahme des Verfahrens (reassumptio litis) durch die Rechtsnachfolger. Als Rechtsnachfolger kann nicht bloß der Gesamtrechtsnachfolger, sondern auch ein Sonderrechtsnachfolger von Todeswegen (Lehensnachfolger, Fideikommißnachfolger, auch Vermächtnisnehmer) den Streit aufnehmen. [Vgl. nordd. Prot. I S. 429, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 415 N. 4, Petersen (2) S. 360, Hellmann Lehrb. S. 405, RG. 4. Febr. 1890 Entsch. XXVI Nr. 26 S. 141. AM. Struckm. Koch N. 1, Schollmeyer Zwischenstreit S. 105, Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 123 N. 48, Frank a. a. O. S. 219, Schultze Vollstreckbarkeit der Schuldtitel ꝛc. S. 116.] Dagegen kann weder der Erbschaftskäufer noch der Cessionar den Streit aufnehmen [vgl. bay. ob. LG. SA. XLIV Nr. 220, OLG. Karlsruhe eod. Nr. 221]. Die Aufnahme des Verfahrens erfolgt entweder nach § 227 oder sie wird nach § 217 Abs. 3 durch Zwischenurteil ersetzt. Ist für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so greift § 220 ein.

Will jemand als Rechtsnachfolger des Verstorbenen den Prozeß aufnehmen und bestreitet der Gegner im Termine, daß jener der Rechtsnachfolger sei, so muß der Aufnehmende seine Rechtsnachfolge beweisen. Kann er diesen Beweis nicht führen, so ist die Aufnahme ungültig und die Unterbrechung nicht beendigt. Dies ist nötigenfalls durch Urteil vom Gerichte auszusprechen; der Aufnehmende ist in die Kosten des Aufnahmeverfahrens zu verurteilen. Versäumt der Gegner den Verhandlungstermin und wird von dem Aufnehmenden ein Vers.Urteil beantragt, so ist zunächst die rechtzeitig mitgeteilte Behauptung der als Testaments- oder Intestaterbfolge ꝛc. zu charakterisierenden Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen (arg. §§ 296, 217 Abs. 3). [Nach Planck I S. 527, soll nicht die Rechtsnachfolge, sondern es sollen die thatsächlichen Behauptungen, auf die sich diese stützt, als zugestanden gelten; das Gericht soll zu prüfen haben, ob diese Thatsachen die Rechtsnachfolge ergeben. Dagegen spricht, daß auch im Falle des § 217 Abs. 3 ein Zugeständnis der Rechtsnachfolge anzunehmen ist. Vgl. jetzt a. Gaupp I S. 417.] Auf dieser Unterlage ist das Versäumnisurteil zur Sache zu erlassen, wenn ein solches nach allgemeinen Regeln zulässig ist. Ist ein Versäumnisurteil zur Sache nicht mehr zulässig — z. B. im Verfahren nach Erledigung des bedingten Endurteils (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 427) — so bleibt, da ein Versäumniszwischenurteil über die Rechtsnachfolge für diesen Fall nicht vorgesehen ist, nichts übrig, als auf der durch Versäumnisfolge hergestellten Unterlage das Urteil zur Sache zu erlassen. Dieses Urteil wäre dann nur insoweit, als es auf der Versäumnis beruht, d. i. bezüglich der Annahme der Rechtsnachfolge, durch Einspruch anfecht-

Digitized by Google

bar. Versäumt derjenige, der als Rechtsnachfolger den Prozeß aufgenommen hat, den Termin zur mündlichen Verhandlung, so kann der Gegner, wenn er jenen als Rechtsnachfolger anerkennt, gegen ihn Versäumnisurteil zur Sache erwirken. Wenn der Gegner aber den Aufnehmenden als Rechtsnachfolger nicht anerkennt, so kann er irgend welche Entscheidung zur Sache nicht beantragen, weil die Aufnahme, wenn sie nicht von dem Rechtsnachfolger ausging, die Unterbrechung nicht beendigte.

2. Zu Abs. 2: Der Gegner der verstorbenen Partei kann nach Eintritt der Rechtsnachfolge den oder die Rechtsnachfolger laden, wenn diese die Aufnahme verzögern. Ob Rechtsnachfolge eingetreten ist, ist aus dem materiellen Rechte zu bestimmen. Nach gem. Rechte gehört, wenn nicht sui heredes vorhanden sind, die Antretung der Erbschaft zum Eintritte der Rechtsnachfolge. Während der Deliberation ist noch keine Rechtsnachfolge eingetreten. Wer cum beneficio inventarii angetreten hat, kann nach l. 22 § 11 C. de iure delib. 6, 30 vor Beendigung des Inventars oder Ablauf der Inventarisationsfrist nicht zur Aufnahme genötigt, daher nicht gültig geladen werden. — Nach preuß. ALR. I 9 §§ 337, 368, I 12 § 238 und franz. Recht C. c. art. 724, 777 ist der Berufene mit dem Tode des Erblassers Erbe geworden; die Deliberation des ALR. I 12 § 383 und des C. c. art. 795 hat eine andere Bedeutung als im gem. Rechte. Nach ALR. I 9 § 386 und C. c. art. 797 kann aber der Erbe während der Deliberation nicht zur Aufnahme genötigt werden; daher ist eine Ladung während der Deliberationsfrist unwirksam. — Verzögert ist die Aufnahme, wenn der Rechtsnachfolger, nachdem er von dem Prozesse erfahren, ihn nicht aufgenommen hat. Es muß ihm kein längerer Zeitraum zur Überlegung gelassen werden; denn es handelt sich zunächst darum, einen Prozeßgegner zu stellen; ist dieser gestellt, dann kann immer noch vertagt werden. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 417. AM. Struckm. Koch N. 2; Hellmann Komm. I S. 600, Petersen (2) S. 361.]

Ist in der Instanz, in der die Unterbrechung eintrat, noch eine Verhandlung der Hauptsache erforderlich, so ist zugleich zur Verhandlung über die Aufnahmepflicht des Geladenen und zur Verhandlung der Hauptsache zu laden; es steht nicht im Belieben des Ladenden, nur zur Verhandlung über die Aufnahmepflicht zu laden. Ist aber in der Instanz keine Verhandlung der Hauptsache mehr nötig, dann ist nur zur Aufnahme zu laden. Dies ist der Fall, wenn das Endurteil in der betreffenden Instanz erlassen ist und die Aufnahme nötig wird, um einen Gegner zu erhalten, dem das Urteil, eventuell auch die Berufungs- oder Revisionsschrift, zugestellt werden kann. [Vgl. nordd. Prot. S. 1539, Gaupp I S. 418, Planck I S. 526, Frank a. a. O. S. 234, Kohler Ges. Beitr. S. 352 ff., RG. 11. Okt. 1890 Entsch. XXVII Nr. 90 S. 358. Falsch v. Sarwey I S. 323.] Aus § 120 folgt, daß die Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten ist.

3. Zu Abs. 3: Die Ladungsfrist ist hier ausnahmsweise vom Richter zu bestimmen. Mit der Ladung ist die Verfügung des Vorsitzenden über die Ladungsfrist zuzustellen. Die Ladung ist dem Rechtsnachfolger selbst oder, wenn dieser prozeßunfähig ist, seinem gesetzlichen Vertreter zuzustellen. Durch das Wort „selbst" ist Ersatzzustellung und öffentliche Zustellung nicht ausgeschlossen. Die Bedeutung des Wortes tritt bei der entsprechenden Anwendung des § 217 auf den Fall des § 223 hervor.

4. Ist sowohl die ladende Partei als der als Rechtsnachfolger Geladene in dem Termine erschienen, so ergeben sich folgende Möglichkeiten: a) Der Geladene nimmt als Rechtsnachfolger den Prozeß auf. Dann ist die Unterbrechung beendet. Das Verfahren geht weiter. b) Die Geladenen bestreiten die Rechtsnachfolge und folglich die Aufnahmepflicht; dann ist darüber zu verhandeln. Das Gericht kann nach § 137 die Verhandlung auf diese Frage beschränken; ohne solche Beschränkung erstreckt sich die Verhandlung auch

Digitized by Google

auf die Hauptsache, wenn darüber noch Verhandlung erforderlich ist. Gelangt das Gericht zu der Ansicht, daß die Geladenen nicht die Rechtsnachfolger sind, so ist der Antrag auf Aufnahme abzuweisen. Diese Entscheidung ist Endurteil und kann daher mit den Rechtsmitteln der Berufung oder Revision angefochten werden [L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 10; vgl. a. RG. 16. April 1884 Entsch. XI Nr. 72 S. 317]. Gelangt das Gericht zu der Annahme, daß die Geladenen die Rechtsnachfolger sind, so ist dies entweder durch Zwischenurteil (§ 275) oder in den Gründen des Endurteils auszusprechen. Das Zwischenurteil kann nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteile angefochten werden. Auch das Urteil, wodurch *nach* Erlassung des Endurteils die Verpflichtung des Geladenen zur Aufnahme des Verfahrens ausgesprochen wurde, steht zu dem in der Hauptsache ergangenen Endurteile in dem Verhältnisse wie ein Zwischenurteil; es enthält ein Element zur Entscheidung der Hauptsache, in dem es dieser Entscheidung die Richtung gegen den zur Aufnahme Geladenen giebt. Daher ist auch dieses Ergänzungsurteil wie ein Zwischenurteil nur durch Rechtsmittel gegen das Urteil zur Hauptsache anfechtbar und unterliegt bei solcher Anfechtung, obwohl es nicht voranging, der Beurteilung des Rechtsmittelgerichts [vgl. RG. 11. Okt./5. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 90 S. 357 f.].

5. *Zu Abs. 4*: Erscheinen die als Rechtsnachfolger Geladenen trotz gültiger Ladung (bei Ungültigkeit der Ladung greift § 300 Nr. 2 ein) im Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und durch Versäumniszwischenurteil die Verpflichtung der Geladenen zur Aufnahme auszusprechen. Dieser Ausspruch ersetzt die Aufnahmeerklärung (vgl. § 779); mit Eintritt der Rechtskraft gilt die Unterbrechung als beendigt. [Vgl. Neugebauer Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 269 ff.] Das Versäumniszwischenurteil ist eine Anomalie gegenüber der Vorschrift, daß Versäumniszwischenurteile nur zu erlassen sind, wenn der Termin *lediglich* zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt war (§ 312 Abs. 2). Gegen dieses Urteil steht dem Kontumazierten der Einspruch zu. Wird kein Einspruch erhoben, kann nach Ablauf der Einspruchsfrist in der Hauptsache weiter verhandelt werden. Wird Einspruch erhoben, so ist erst nach dessen Erledigung eine Verhandlung zur Hauptsache statthaft. Wird auf Grund der Einspruchsverhandlung die Rechtsnachfolge angenommen, so ist durch Zwischenurteil auszusprechen, daß die Entscheidung des Vers.Zw.U. aufrecht zu erhalten sei. Anderenfalls ist das Vers.Zw.U. aufzuheben und der Antrag auf Aufnahme abzuweisen (Endurteil, vgl. Bem. Nr. 4 litt. b).

6. Erscheint die Partei, die den Rechtsnachfolger geladen hat, im Termine nicht, so kann dieser im Termine die Aufnahme erklären und nach Lage des Prozesses Versäumnisurteil zur Sache gegen die nichterschienene Partei verlangen. Wenn der Geladene aber seine Eigenschaft als Rechtsnachfolger nicht anerkennt, dann kann er ein Versäumnisurteil auf Abweisung des Aufnahmeantrags verlangen.

7. Nach KO. § 8 und Anfecht.Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 kommen die Bestimmungen des § 217 zur entsprechenden Anwendung, wenn der Konkursverwalter die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens verzögert [vgl. RG. 11. Okt./5. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 90 S. 357 ff.] Aus der entsprechenden Anwendung des Abs. 3 des § 217 ergiebt sich gegen den im Termine nicht erschienenen Verwalter ein Versäumniszwischenurteil, worin die Aufnahme des Verfahrens durch den Verwalter ausgesprochen wird.

8. Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 4, GO. f. RA. § 20.

9. Welchen Einfluß der Tod des Schuldners auf den Beginn und Fortgang der Zwangsvollstreckung hat, bestimmen die §§ 693 ff.

Digitized by Google

§ 218.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536, 667.

1. Wegen Eröffnung des Konkurses s. KO. §§ 100, 103. Wird der Eröffnungsbeschluß aufgehoben (KO. §§ 101, 105), so sind die zwischen dem Eröffnungs- und dem Aufhebungsbeschlusse liegenden Prozeßhandlungen des Gemeinschuldners und die ihm gegenüber vorgenommenen Prozeßhandlungen gültig; aber auch die Prozeßhandlungen, die nach der Aufnahme vom Konkursverwalter oder ihm gegenüber vorgenommen wurden, sind gültig und gehen sogar im Falle der Kollision denen des Gemeinschuldners vor.

2. Unterbrechungsgrund ist die Konkurseröffnung über das Vermögen einer Haupt- oder Nebenpartei. Der Konkurs eines Streitgenossen unterbricht das Verfahren nur in Bezug auf seine Person; mit den übrigen Streitgenossen kann das Verfahren fortgesetzt werden, soweit dies nach dem materiellen Rechte möglich ist. Durch den Konkurs eines Nebenintervenienten wird das Verfahren unter den Hauptparteien nicht unterbrochen; wohl aber im Verhältnisse zum Nebenintervenienten, so daß also nach der Unterbrechung von dem Nebenintervenienten und ihm gegenüber keine Prozeßhandlungen vorgenommen werden können.

3. Der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei steht hinsichtlich der unterbrechenden Wirkung die Eröffnung des Konkurses über deren Nachlaß gleich. Nachlaßkonkurs ist nicht bloß vor, sondern, wenn der Erbe Benefizialerbe ist, auch nach Erwerb der Erbschaft möglich. In diesem Falle wird sowohl der auf den Benefizialerben übergegangene wie der von dem Benefizialerben begonnene Prozeß unterbrochen [vgl. RG. 7. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 271].

4. Das Verfahren betrifft die Konkursmasse:

a) Wenn es Vermögen des Gemeinschuldners betrifft, das zur Konkursmasse gehört (Prozesse über die Aktivmasse). Welches Vermögen zur Konkursmasse gehört, ergiebt die KO. § 1. Prozesse über die Aktivmasse können für oder gegen den Gemeinschuldner anhängig sein (KO. §§ 8, 9) [vgl. RG. 31. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 105 S. 399]. Auch Feststellungsprozesse kommen in Betracht, soweit sie sich auf das bezeichnete Vermögen beziehen. Die Prozesse über die Aktivmasse werden durch die Konkurseröffnung unterbrochen, weil der Gemeinschuldner durch den Eröffnungsbeschluß die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen (KO. § 5).

b) Wenn es einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner betrifft, der als Konkursforderung oder als Anspruch gegen die Masse (KO. § 52 Nr. 2, 3) geltend gemacht wird (Prozesse über die Passivmasse). Solange der Anspruch noch nicht zum Konkurse geltend gemacht ist, steht nicht fest, daß der Prozeß die Konkursmasse betrifft. Es genügt zur Unterbrechung nicht, daß der Anspruch im Konkurse geltend gemacht werden könnte. Erst wenn er im Konkurse durch Anmeldung geltend gemacht ist, steht fest, daß das darüber anhängige Verfahren schon von dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung an unterbrochen war. [Vgl. Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 126 f., RG. 6. Dez. 1889 Entsch. XXV Nr. 4 S. 17. AM. Wilm. Levy N. 1.] Wird die Anmeldung zum Konkurse zurückgezogen, so wird auch die Unterbrechung rückgängig.

Die unterbrochenen Prozesse über die Aktivmasse (s. o. litt. a) können nach KO. §§ 8, 9 [vgl. L. Seuffert zur Gesch. u. Dogm. d. deutschen Konkursrechts I S. 110 ff.], die

Digitized by Google

Prozesse über die Passivmasse (s. o. litt. b) nach KO. §§ 132 Abs. 2, 135 aufgenommen werden. Von der Aufnahme unterbrochener Prozesse handeln die Entsch. des RG. XI Nr. 105 S. 399, XIII Nr. 78 S. 315, XXVII Nr. 90 S. 350.

Wegen Aufhebung des Konkurses s. KO. §§ 151, 175. Bei Wiederaufnahme eines aufgehobenen Konkurses (KO. §§ 183, 184) tritt die durch die Aufhebung beendigte Unterbrechung wieder ein, soweit der Prozeß noch den wiederaufgenommenen Konkurs betrifft. Nach KO. §§ 188—192 kann das Konkursverfahren auch durch „Einstellung" beendigt werden. Auch die Einstellung muß der Unterbrechung ein Ziel setzen, obwohl in § 218 nur von „Aufhebung" die Rede ist; denn die Einstellung beendigt den Konkurs nicht weniger als die Aufhebung.

Mit der Beendigung des Konkurses ist die Unterbrechung zu Ende, ohne daß es einer Zustellung des die Beendigung aussprechenden Beschlusses oder einer Aufnahmeerklärung bedarf (vgl. KPr. S. 76).

5. Nach RG. v. 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (RGBl. S. 277) § 13 wird das Verfahren über den Anfechtungsanspruch eines Gläubigers durch den Konkurs über das Vermögen des Schuldners unterbrochen. Der Prozeß wird wie ein Prozeß über ein zur Aktivmasse gehöriges Vermögen behandelt; daher ist die entsprechende Anwendung des § 217 den CPrO. vorgeschrieben. Auch im übrigen findet KO. § 8 darauf Anwendung.

6. Die Unterbrechung tritt nur ein, solange das Verfahren noch nicht durch rechtskräftiges Urteil oder durch Vergleich erledigt ist. Daß nach KO. § 11 eine Zwangsvollstreckung während des Konkurses nicht stattfinden kann, ist eine Sache für sich.

7. Die Eröffnung eines Konkurses im Auslande unterbricht die bei inländischen Gerichten anhängigen Prozesse über die Aktivmasse (s. Bem. Nr. 4 litt. a) insoweit, als sich das streitige Vermögen in der Gewalt des ausländischen Konkursgerichts befindet, und insoweit ist der ausländische Konkursverwalter zur Aufnahme des Prozesses berechtigt und verpflichtet. Da nach KO. § 207 die im Inlande befindlichen Vermögensgegenstände trotz der ausländischen Konkurseröffnung der inländischen Zwangsvollstreckung unterliegen, so stehen diese Gegenstände nicht in der Gewalt des ausländischen Konkursgerichts und die darauf bezüglichen Prozesse werden durch die ausländische Konkurseröffnung nicht unterbrochen. Wenn nach KO. § 207 Abs. 2 inländisches Vermögen zur Verfügung eines ausländischen Konkursgerichts gestellt würde, müßte durch die Unterbrechung der darüber im Inlande anhängigen Prozesse eintreten. Die im Inlande anhängigen Prozesse über die Passivmasse (s. Bem. Nr. 4 litt. b) werden durch die Konkurseröffnung im Auslande nicht berührt, weil die Geltendmachung von Forderungen im inländischen Prozesse die ausländische Konkursmasse nicht betrifft. [Vgl. Kohler Lehrb. des Konkursrechts S. 628 ff., RG. Entsch. VI Nr. 125 S. 403 ff., XIV Nr. 115 S. 405, Nr. 116 S. 412, XVI Nr. 78 S. 337.]

§ 219.

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugnis desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

Mot. S. 176, 177. KPr. S. 76, 536.

1. Unter Partei ist, wie in den §§ 217, 218 sowohl die Haupt- wie die Neben-

Digitized by Google

partei zu verstehen. Was in Bem. Nr. 1 zu § 217 über den Tod eines Streitgenossen oder eines Nebenintervenienten gesagt ist, findet auf den Fall des Verlustes der Prozeßfähigkeit entsprechende Anwendung.

Die Prozeßfähigkeit (§ 50) kann durch Geisteskrankheit, Entmündigung wegen Verschwendung, Stellung unter Vormundschaft wegen Imbecillität, Bresthaftigkeit, Taubstummheit (vgl. Bem. Nr. 4, 5 vor § 593) verloren werden. Die Konkurseröffnung macht den Gemeinschuldner nicht prozeßunfähig (s. Bem. Nr. 2 zu § 50 S. 73).

2. Wegen des Begriffs „gesetzlicher Vertreter" s. Bem. Nr. 4 zu § 50. Der Konkursverwalter muß, auch wenn man ihn nicht als Vertreter einer prozeßunfähigen Partei erachtet, wie ein gesetzlicher Vertreter behandelt werden; sein Tod ꝛc. unterbricht das Verfahren. Die Aufnahme erfolgt nicht nach § 217 sondern nach § 219.

Wodurch die Vertretungsbefugnis aufhört, ergiebt sich aus dem materiellen Rechte. Die Vertretungsbefugnis des Vormundes hört auf durch Entlassung aus seinem Amte. Beim Tode des Mündels hört seine Vertretungsbefugnis auch auf; aber es tritt Unterbrechung nach § 217 ein; die Aufnahme erfolgt nach den Vorschriften des § 217. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft verlieren die Vertretungsbefugnis durch Niederlegung dieser Stellung oder Entlassung daraus, sowie durch Eintritt der Aktiengesellschaft in das Liquidationsstadium es wäre denn, daß sie zu Liquidatoren ernannt würden.

Können mehrere Vertreter nur gemeinsam handeln (Kollektivvertreter), wie z. B. die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (arg. HGB. Art. 229 Abs. 2) oder einer Genossenschaft (Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 § 25), so hört mit Wegfall eines Vertreters auch die Vertretungsbefugnis der übrigen auf, wenn nicht für diesen Fall durch Gesetz oder Statut etwas anderes bestimmt ist.

Das Verfahren wird nicht unterbrochen, wenn gleichzeitig mit dem Wegfalle des gesetzlichen Vertreters der Vertretene prozeßfähig wird, z. B. durch Eintritt der Volljährigkeit, venia aetatis, Aufhebung der Entmündigung oder der Kuratel. Entsprechend sind die Fälle zu behandeln, wo der curator hereditatis durch Überweisung der Erbschaft an die Erben oder der curator absentis durch Überweisung des verwalteten Vermögens an den ehemaligen absens seine Legitimation verliert.

Vom Wortlaute des Gesetzes ist der Fall nicht getroffen, daß der gesetzliche Vertreter prozeßunfähig wird. Aber die Bestimmungen des § 219 sind auch auf diesen Fall anzuwenden.

3. Die Unterbrechung tritt mit dem sie veranlassenden Ereignisse ein, auch ohne daß es den Parteien oder dem Gerichte bekannt geworden ist. Sie endigt mit der Anzeige des Vertreters oder des neuen Vertreters (der neue Vertreter kann dieselbe Person sein) vor seiner Bestellung an den Gegner und mit der Anzeige des Gegners an den Vertreter oder den neuen Vertreter, worin er erklärt, den Prozeß fortsetzen zu wollen. Form der Anzeigen s. § 227. Ehe ein Vertreter oder ein neuer Vertreter bestellt ist, kann die Unterbrechung nicht beendigt werden. Das Gericht kann in diesem Falle keinen provisorischen Vertreter aufstellen.

Nach § 223 tritt in den Fällen des § 219 keine Unterbrechung ein, wenn eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand.

§ 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des

Digitized by Google

§ 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

Mot. S. 174—177. KPr. S. 76, 536.

1. War eine Unterbrechung durch den Tod einer Partei nach § 217 vgl. mit § 223 eingetreten und es wird ein curator hereditatis bestellt, so endigt die Unterbrechung mit der Anzeige des Kurators von seiner Bestellung an den Gegner oder mit der Anzeige des Gegners an den Kurator, daß er den Prozeß fortsetzen wolle. Form der Anzeigen: § 227. Über die Voraussetzungen zur cura hereditatis s. Windscheid Pand. II § 447 Anm. 4; wegen des preuß. Rechts s. Vorm.Ordn. v. 5. Juli 1875 § 89. Obwohl in § 220 nur der curator genannt ist, ist der Fall, daß ein Testamentsexekutor bestellt ist, ebenso zu behandeln, wenn dieser berechtigt ist, Nachlaßprozesse zu führen.

2. Wird, nachdem eine Unterbrechung durch den Tod einer Partei nach § 217 vgl. mit § 223 eingetreten war, über den Nachlaß dieser Partei der Konkurs eröffnet (KO. §§ 202—206) und betrifft der Prozeß die Konkursmasse, so tritt als zweiter Unterbrechungsgrund die Konkurseröffnung hinzu. Dann kann während des Konkurses die Aufnahme nur nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen erfolgen; s. Bem. Nr. 4 zu § 217. Ist das Konkursverfahren beendigt, ohne daß die Aufnahme stattgefunden hat, so dauert die Unterbrechung fort, bis sie nach § 217 beendigt wird.

§ 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536.

1. Der § 221 bezieht sich nur auf den Anwaltsprozeß. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 74. Abs. 2 des § 74 kommt hier nicht in Betracht. Über Wegfall des Anwalts in dem Verfahren nach EG. § 7 Abs. 2 s. Bem. Nr. 3 zu EG. § 8 und Bl. f. RA. LIII S. 36 ff. Unterbrechung nach § 217 tritt auch ein, wenn der Anwalt wegfällt, der von einem selbst zur Vertretung befugten Anwalte als Prozeßbevollmächtigter aufgestellt war [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LX S. 60]. — Stirbt der prozeßführende Anwalt, der selbst Partei war, so kommt nicht § 221 sondern § 217 zur Anwendung.

Unter Partei ist hier, wie in den §§ 217—220, sowohl die Haupt- wie die Nebenpartei zu verstehen. Was in Bem. Nr. 1 zu § 217 über den Tod eines Streitgenossen oder eines Nebenintervenienten gesagt ist, findet auf den Wegfall des Anwalts eines Streitgenossen oder eines Nebenintervenienten entsprechende Anwendung.

Stirbt der von einer Partei bevollmächtigte Anwalt oder wird er unfähig, bevor er eine Prozeßhandlung vorgenommen oder dem Gegner seine Bestellung angezeigt hat, so tritt

Digitized by Google

keine Unterbrechung ein, weil er noch nicht als Anwalt der Partei aufgetreten war. Vollmachtsvorlage gehört aber nicht dazu. [Vgl. RG. 16. Febr. 1884 Entsch. XIV Nr. 92 S. 333.]

Hat der zur Prozeßführung bevollmächtigte Anwalt einen anderen substituiert, so bewirkt gleichwohl der Wegfall des ersteren die Unterbrechung. Der Wegfall des Substituten hat diese Wirkung nicht. Vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 77 und die daselbst cit. UU. des RG.

Unterbrechung tritt auch ein, wenn der Anwalt nach Verkündung, aber vor Zustellung des Urteils wegfällt. In diesem Falle muß ein neuer Anwalt für die Instanz, in der das Urteil erlassen ist, bestellt und, wenn dies nicht geschieht, nach § 221 Abs. 2 das Ende der Unterbrechung bewirkt werden, damit das Urteil zugestellt werden kann. [Vgl. RG. 2. März 1883 Entsch. X Nr. 104 S. 347, 19. März 1887 Entsch. XIX Nr. 79 S. 397, Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 505, OLG. Marienwerder SA. L Nr. 47.] Ebenso wird das Verfahren unterbrochen, wenn nach Zustellung eines Versäumnisurteils während der Einspruchsfrist der Anwalt einer Partei wegfällt; denn auch in diesem Falle bedarf es, um die Zustellung der Einspruchsschrift zu ermöglichen, der Bestellung eines neuen Anwalts. Dagegen tritt keine Unterbrechung ein, wenn der Rechtsanwalt nach Zustellung des Urteils während der Rechtsmittelfrist weggefallen ist; denn die Rechtsmittelschrift kann nach § 164 bei Nichtvorhandensein eines Bevollmächtigten der Partei selbst zugestellt werden. [Vgl. RG. 8. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 76 S. 310, 13. Mai 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 456, 10. Okt. 1888 eod. S. 1145.]

Sind gleichzeitig mehrere Anwälte als Prozeßbevollmächtigte in der Instanz aufgestellt (§ 80), so tritt Unterbrechung erst ein, wenn alle gestorben oder unfähig geworden sind.

2. Unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, wird der Anwalt: a) bei Verlust der eigenen Prozeßfähigkeit, durch Geisteskrankheit oder Stellung unter Kuratel; arg. §§ 50, 75. Zwar wird nach RAO. § 22 die Rechtsanwaltsstellung nicht schon durch die Thatsache, daß der Anwalt unter Kuratel gestellt wird, verloren, sondern kann nur deswegen entzogen werden; aber daraus folgt nur, daß der Anwalt bis zur Zurücknahme der Zulassung Rechtsanwalt, nicht aber, daß er auch prozeßfähig im Sinne des § 50 bleibt. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2. AM. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 424 N. 10.] Ist zu der Zeit, in der der RA. prozeßunfähig wird, ein nach RAO. § 25 aufgestellter Vertreter vorhanden, so tritt keine Unterbrechung ein; dagegen hindert das Vorhandensein eines solchen Vertreters zur Zeit des Todes des Anwalts die Unterbrechung nicht. b) Durch Verlust der Eigenschaft eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalts. Dieser Verlust kann eintreten durch strafgerichtliches Urteil nach StGB. §§ 31, 33, durch Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft nach RAO. § 63 Nr. 4, durch Zurücknahme der Zulassung nach RAO. §§ 21—23 und durch Aufgeben der Zulassung nach RAO. § 24. Der Zeitpunkt, mit dem die Unterbrechung eintritt, ist in den Fällen des StGB. §§ 31, 33 und der RAO. § 63 N. 4 die Rechtskraft des Urteils (vgl. RAO. § 96), in den Fällen der RAO. §§ 21, 22 die Bekanntgabe des die Zurücknahme der Zulassung aussprechenden Bescheides der Landesjustizverwaltung an den RA., in dem Falle des Aufgebens der Zulassung aber die Löschung in der Liste (RAO. § 24) [vgl. RG. 19. März 1887 Entsch. XIX Nr. 79 S. 400 ff.].

Bei Kündigung des Mandats von Seite der Partei oder des Anwalts tritt keine Unterbrechung ein; vgl. § 83.

3. Die Unterbrechung wird dadurch beendigt, daß der neubestellte Anwalt dem Gegner von seiner Bestellung Anzeige durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227) macht. Die Anzeige kann in einem Schriftsatze anderen Inhalts enthalten sein. [Vgl. dazu RG.

Digitized by Google

31. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 105 S. 401, 16. Febr. 1884 XVI Nr. 92 S. 334.] Wird die Anzeige verzögert — eine Verzögerung liegt vor, wenn nicht alsbald nach der Unterbrechung die Anzeige erfolgt (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 217) — so stehen dem Gegner zwei Wege offen, um die Unterbrechung zu beendigen. Entweder er ladet die unvertretene Partei selbst zur Verhandlung über die Hauptsache. Mit dieser Ladung muß nach § 192 die Aufforderung zur Anwaltsbestellung verbunden sein. Erscheint in dem Termine ein Anwalt für die geladene Partei, so ist die Aufnahme des Verfahrens erreicht. Anderenfalls kann je nach Lage der Sache ein Versäumnisurteil gegen die nichterschienene Partei (§§ 295, 296, 430) oder, wenn dies durch die Prozeßlage ausgeschlossen ist (so z. B. nach Erledigung eines bedingten Endurteils, vgl. Bem. Nr. 3 zu § 427), ein anderes Urteil gefällt werden. Ein die Aufnahme aussprechendes Versäumniszwischenurteil ist nicht zulässig. Oder der Gegner der unvertretenen Partei erbittet von dem Vorsitzenden die Bestimmung einer Frist und fordert die Partei unter Zustellung der Verfügung auf, in dieser Frist einen Anwalt zu bestellen. Kommt die Partei der Aufforderung nach, so ist die Aufnahme des Verfahrens erreicht. Kommt die Partei der Aufforderung nicht nach, so soll das Verfahren als aufgenommen angesehen werden. Ohne Fiktion gesprochen: es tritt mit dem Ablaufe der Frist das Ende der Unterbrechung ohne Antrag und richterliche Entscheidung ein, also die gleiche Wirkung, die die Aufnahme hat.

Ist der Anwalt nach Verkündung des Urteils weggefallen und die Aufnahme erforderlich, um das Urteil an den Anwalt zustellen zu können (s. Bem. Nr. 1 Abs. 5), so ist die Fristbestimmung nachzusuchen und zuzustellen. Dieses Verfahren ist auch, wenn noch mündliche Verhandlung nötig ist, nicht verschlossen, aber unzweckmäßig; die Ladung müßte hintendrein doch noch erfolgen und das Verfahren wäre verzögert.

Der Schlußsatz „Bis zur nachträglichen Anzeige ꝛc." bezieht sich nur auf den Fall, daß zur Bestellung eines Anwalts eine Frist vorgesetzt und diese Frist ohne Anwaltsbestellung abgelaufen ist. Vom Endpunkte dieser Frist an sind Zustellungen an die Partei unter der im Gesetze bezeichneten Voraussetzung durch Aufgabe zur Post möglich. Die Bestellung eines innerhalb des betreffenden Amtsgerichtsbezirks wohnenden Zustellungsbevollmächtigten schließt die Zustellung durch Aufgabe zur Post aus. Wegen Zustellung durch Aufgabe zur Post s. Bem. Nr. 3 zu § 161.

§ 222.

Hört infolge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536.

1. Das Aufhören der Thätigkeit des Gerichts (Gerichtsstillstand, iustitium) bewirkt ipso facto die Unterbrechung. Mit Beendigung des Stillstandes ist die Unterbrechung beendigt, ohne daß es einer Wiederaufnahmeerklärung oder Anzeige bedarf. In der Regel wird ein Akt der Staats- oder Militärgewalt den Eintritt und das Ende des Gerichtsstillstandes konstatieren. — Außer dem Kriege können Epidemien und allgemeine Überschwemmungen einen Gerichtsstillstand bewirken. Vgl. a. § 31 Nr. 1.

2. Nach Beendigung des Gerichtsstillstandes kann jede Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden, wenn noch eine Verhandlung nötig ist. Von Amtswegen wird kein Termin angesetzt.

§ 223.

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder

Digitized by Google

des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners, die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

Mot. S. 174—177. EPr. S. 76, 536.

1. Da nach § 82 die Vollmacht weder durch den Tod des Vollmachtgebers noch durch den Verlust seiner Prozeßfähigkeit oder seiner Vertreterstellung aufgehoben wird, so wird das Verfahren durch den Tod der Partei, den Verlust der Parteifähigkeit und den Wegfall des gesetzlichen Vertreters nicht unterbrochen, wenn die Partei, auf deren Seite der Unterbrechungsgrund liegt, zur Zeit seines Eintritts durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist. Dies gilt im Anwalts- und im Parteiprozesse. Über den Begriff eines Prozeßbevollmächtigten s. Bem. Nr. 2 vor § 74. Auch der nach § 85 zur Prozeßführung einstweilen Zugelassene ist Prozeßbevollmächtigter im Sinne des § 223 [vgl. Gaupp I S. 426. AM. Franck Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 209]; nicht aber der zu einzelnen Prozeßhandlungen nach § 79 Abs. 2 Bevollmächtigte. — Eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten fand nicht mehr statt, wenn der Prozeßbevollmächtigte seine Prozeßfähigkeit oder im Anwaltsprozesse seine Eigenschaft als bei dem Prozeßgerichte zugelassener Anwalt zur Zeit des Todes der Partei ꝛc. ꝛc. bereits verloren hatte und wenn im Parteiprozesse die Kündigung der Vollmacht dem Gegner angezeigt war; anders im Anwaltsprozesse (vgl. § 83).

Auf die Unterbrechung des Verfahrens durch Konkurseröffnung ist das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten ohne Einfluß.

2. Stirbt eine Partei, für die ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, so hat der Bevollmächtigte und der Gegner das Recht, die Aussetzung zu verlangen. Bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters kann nur der Bevollmächtigte die Aussetzung verlangen [RG. 30. April 1885 Entsch. XIV Nr. 122 S. 436]. Sind die aus den §§ 217, 219, 223 zu entnehmenden Voraussetzungen der Aussetzung vorhanden, so kann das Gericht die Aussetzung nicht verweigern. Aber die Aussetzung auf Grund des § 223 darf nur beschlossen werden, wenn ohne Dasein eines Prozeßbevollmächtigten die Unterbrechung eingetreten wäre. [Daher ist die Entsch. d. bay. ob. LG. SA. XLII Nr. 329 falsch; denn bei Wegfall eines curator hereditatis und Überweisung des Nachlasses an die Erben tritt keine Unterbrechung ein, vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 219.]

Tritt der Unterbrechungsgrund bei einem Streitgenossen oder einem Nebenintervenienten ein, so kann nur die Aussetzung im Verhältnisse zu diesem verlangt werden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 217, Bem. Nr. 2 zu § 219).

Ist das Verfahren in mehreren Instanzen anhängig (z. B. §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2), so ist die Aussetzung für jede Instanz besonders zu verlangen und zu beschließen [vgl. RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 355].

3. Die Aussetzung dauert so lange fort, bis sie nach §§ 217, 219 oder 220 beendigt wird. Bei der Aufnahme des Prozesses durch einen Bevollmächtigten der Rechtsnachfolger (§ 217 Abs. 1) oder des gesetzlichen Vertreters der prozeßunfähig gewordenen Partei oder des neuen gesetzlichen Vertreters der Partei (§ 219) ist nach § 82 Vollmacht des Nachfolgers beizubringen, jedoch im Anwaltsprozesse nach § 84 nur auf Verlangen des Gegners.

Digitized by Google

— Im Falle des Verfahrens nach § 217 Abs. 2 ist die Ladung den Rechtsnachfolgern selbst und dem Bevollmächtigten des Verstorbenen zuzustellen. Die betreibende Partei hat zu bestimmen, welche Personen als Rechtsnachfolger zur Aufnahme des Prozesses geladen werden sollen (nordd. Prot. I S. 423). Im Anwaltsprozesse muß die Ladung der Rechtsnachfolger die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten.

4. Ist bei dem Tode der Partei, dem Verluste der Prozeßfähigkeit oder dem Wegfalle des gesetzlichen Vertreters ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden gewesen, später aber durch Tod, Verlust der Prozeßfähigkeit oder im Anwaltsprozesse durch Verlust der Anwaltseigenschaft weggefallen, so tritt nachträglich Unterbrechung nach §§ 217 oder 219 ein, sofern nicht die Aussetzung bereits angeordnet war.

§ 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

Mot. S. 174—176, 178. KPr. S. 76, 536.

1. § 224 betrifft die Fälle, in denen eine Partei (über den Parteibegriff vgl. Bem. Nr. 1 zu § 217) durch Zufälle an der Prozeßführung gehindert ist. Der Hauptfall ist der, daß sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet. Gleichgestellt sind die Fälle, daß sich eine Partei an einem Orte aufhält, der durch obrigkeitliche Anordnung, z. B. durch Absperrung zur Verhütung der Einschleppung oder Verbreitung von Seuchen, oder durch Krieg (hierher gehört auch Belagerung) oder durch andere Zufälle, z. B. Überschwemmung, von dem Verkehre mit dem Prozeßgerichte dauernd abgeschnitten ist. In diesen Fällen ist dem Gerichte die diskretionäre Befugnis eingeräumt, auf Antrag einer Partei sowie auch von Amtswegen die Aussetzung zu beschließen. Wegen Verkündung und Zustellung des Beschlusses s. § 294. Wegen des Beginns der Aussetzung s. Bem. Nr. 3 zu § 225. Die Aussetzung endigt nicht mit der Beseitigung des Hindernisses, sondern durch einen die Aussetzung aufhebenden Beschluß. Über diesen Beschluß vgl. Bem. Nr. 4 zu § 141.

2. Das Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten schließt die Aussetzung nicht aus. Ist ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden, so wird die Aussetzung nicht wohl angezeigt sein, es wäre denn das persönliche Erscheinen der Partei, z. B. zur Eidesleistung, nötig.

§ 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 174—176. KPr. S. 76, 536.

1. Das Gesuch [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 229 ff.] kann mündlich in mündlicher Verhandlung, es kann schriftlich, es kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Für das Gesuch besteht kein Anwaltszwang, arg. § 74 Abs. 2.

2. Das Gesuch ist bei dem Gerichte anzubringen, wo das auszusetzende Verfahren anhängig ist oder anhängig wird. Ist ein durch Rechtsmittel anfechtbares Urteil verkündet, aber noch nicht zugestellt, so ist das Gesuch bei dem Gerichte anzubringen, das das Urteil erlassen hat (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 217). Ist das Urteil bereits zugestellt, so

Digitized by Google

ist das Gesuch bei der Rechtsmittelinstanz anzubringen, zwar auch dann, wenn das Rechtsmittel noch nicht eingelegt ist. [Vgl. RG. 18. Juni 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1161, bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 160. AM. OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 183 für den Fall, daß ein bedingtes Endurteil in Frage steht.] Nach Rechtskraft des unbedingten Endurteils ist keine Aussetzung mehr möglich.

3. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Die Wirkung des Aussetzungsbeschlusses beginnt mit der Verkündung (§ 283), sonst mit der Zustellung. Wegen Anfechtung s. § 229.

4. Darüber, ob § 225 auf die Aussetzung nach den §§ 139, 140 anwendbar ist, s. Bem. Nr. 3 zu § 139.

§ 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

Mot. S. 174—176, 178, 179. KPr. S. 76, 586.

1. Die Wirkungen von Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens sind gleich (s. jedoch Bem. Nr. 2). a) Der Lauf aller für Parteihandlungen gesetzten Fristen, auch der Notfristen, hört vom Momente der Unterbrechung und Aussetzung auf. Die sog. uneigentlichen Fristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. II und III vor § 191 S. 255) werden nicht berührt. Von den Jahresfristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 S. 254) kann nur eine, nämlich die in § 212 Abs. 3 bestimmte Frist der Wiedereinsetzung und zwar auch diese nur in Bezug auf die Beschwerdefrist, innerhalb eines anhängigen Prozesses liegen. Nur in dem bezeichneten Falle kann diese Jahresfrist von der Unterbrechung und Aussetzung berührt werden. [Vgl. Frank Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 217.] Sonst werden Jahresfristen nicht davon betroffen. b) Nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung beginnt die volle Frist von neuem zu laufen. Wann das Ende der Unterbrechung oder Aussetzung eintritt, ist zu den einzelnen Fällen bemerkt. c) Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache (im Gegensatze zu den die Aufnahme oder die Zurücknahme des Aussetzungsbeschlusses bezweckenden Handlungen) vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ungültig. Die prozeßfähige Partei, die eine Prozeßhandlung vornahm, kann die Ungültigkeit nicht selbst rügen, sondern nur die Gegenpartei. Diese kann auf das Rügerecht verzichten; sie verliert nach § 267 dieses Recht, wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder worin darauf Bezug genommen ist, die Ungültigkeit nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr die Ungültigkeit bekannt war oder bekannt sein mußte. Bezüglich der gerichtlichen Handlungen — Beweiserhebungen und Entscheidungen, die während der Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommen wurden — enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Insoweit solche gerichtliche Handlungen auf ungültigen, weil während der angegebenen Zeit vorgenommenen, Parteihandlungen beruhen, folgt deren Ungültigkeit aus der Ungültigkeit der zu Grund liegenden Parteihand-

Digitized by Google

lungen. Insoweit aber derartige gerichtliche Handlungen auf Parteihandlungen beruhen, die vor der Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommen wurden, ergiebt sich deren Ungültigkeit aus Abs. 3 des § 226; denn daraus ist zu entnehmen, daß nach Eintritt der Unterbrechung oder Aussetzung mit Ausnahme des speziell vorgesehenen Falls gerichtliche Handlungen auch dann nicht vorgenommen werden dürfen, wenn sie auf früheren gültigen Verhandlungen beruhen. Auch die gerichtlichen Handlungen sind nur der Partei gegenüber ungültig, auf deren Seite die Veranlassung zur Unterbrechung oder Aussetzung gegeben ist. Diese Partei (nicht ihr Gegner) kann die Ungültigkeit rügen, insbesondere auch durch Rechtsmittel geltend machen, und wenn sie in späterer Verhandlung erschienen ist und verhandelte, ohne den Mangel zu rügen, so wird auch diese Ungültigkeit geheilt. In Abwesenheit der rügeberechtigten Partei ist die Ungültigkeit von Amtswegen zu beachten. [Vgl. hierzu RG. 26. Mai 1883 Entsch. X Nr. 19 S. 69, jedoch a. Entsch. X Nr. 124 S. 401 f.] Die vor der Unterbrechung oder Aussetzung verkündete Entscheidung kann nach Eintritt der Unterbrechung in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber übergeben werden (§ 286 Abs. 2). Die Termine, zu denen vor der Unterbrechung oder Aussetzung gültig geladen wurde, ebenso die vorher verkündeten Termine behalten insofern ihre Bedeutung, als in diesen Terminen nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung verhandelt werden kann. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLIII Nr. 232.] — Die Wirkung der Aussetzung beschränkt sich auf die Instanz, in der sie beschlossen ist [vgl. RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 355].

2. Zu Abs. 3: Wegen des Schlusses der mündlichen Verhandlung s. § 127 Bem. Nr. 1. — In Abs. 3 ist nur von Unterbrechung die Rede. Die nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung beschlossene Aussetzung hindert die Verkündung der Entscheidung [vgl. RG. 10. Okt. 1892 Entsch. XXX Nr. 114 S. 374].

3. Die in § 226 bezeichneten Folgen treten sowohl ein bei Unterbrechung und Aussetzung nach den Vorschriften dieses Titels, als auch bei Aussetzung auf Grund der §§ 62, 139, 140, 580, ferner bei Unterbrechung nach § 13 des Anfecht.Ges. v. 21. Juli 1879 und bei Unterbrechung oder Aussetzung in Gemäßheit der in EG. § 15 Nr. 1 vorbehaltenen Landesgesetze. Über das Ende der Aussetzungen nach §§ 62, 139, 140, 580 vgl. Bem. Nr. 4 zu § 141. Das Ende der wegen Kompetenzkonflikts eingetretenen Unterbrechung oder Aussetzung ist nach dem Landesgesetze zu beurteilen.

4. Wegen Wirkung des im Beschwerdeverfahren ausgehobenen Aussetzungsbeschlusses s. Bem. Nr. 2 zu § 229.

§ 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Mot. S. 174—176, 179. KPr. S. 76, 586.

1. Für den Schriftsatz gelten die Vorschriften des § 121. Im Anwaltsprozesse muß er vom Anwalte unterschrieben sein. Im Parteiprozesse gelten die §§ 458, 462. — Mit der Anzeige kann ein anderer Schriftsatz verbunden werden (vgl. die in Bem. Nr. 3 zu § 221 cit. UU. d. RG.); aber die Anzeige bewirkt die Aufnahme auch, ohne daß ein das Prozeßverfahren fortsetzender Akt damit verbunden ist. Eine Ladung ist nur zur Erzwingung de rAufnahme von Seite des Gegners in den Fällen der § 217 Abs. 2, RO. § 8, Anf.Ges. § 13 nötig. — Die Zustellung des Schriftsatzes kann nicht durch eine Erklärung an das Gericht ersetzt werden, auch nicht, wenn das Verfahren (z. B. Beschwerdeverfahren) schriftlich ist [RG. 15. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 126 S. 409].

Digitized by Google

2. Geschieht die Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens in der mündlichen Verhandlung, so ist die Zustellung eines Schriftsatzes entbehrlich (Mot. S. 179).

§ 228.

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Notfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

Mot. S. 174—176, 179, 180. KPr. S. 76, 536.

1. Die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, bedarf keiner Form; sie unterliegt nicht landesrechtlichen Vorschriften über die Form von Verträgen. Sie kann auch aus konkludenten Handlungen hervorgehen. Prozeßbevollmächtigte können die Vereinbarung abschließen. Die Vereinbarung kann auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung geschlossen werden. Vereinbarung auf unbestimmte Zeit ist gleich der Vereinbarung bis auf Kündigung ohne Kündigungsfrist. Zur Gültigkeit der Vereinbarung ist Anzeige an das Gericht nicht erforderlich; wohl aber muß dem Gerichte die Vereinbarung mitgeteilt werden, damit es seine Thätigkeit einstellt.

2. Ist vereinbart, daß das Verfahren ruhen solle, so ist die der Vereinbarung zuwider vorgenommene Prozeßhandlung einer Partei (z. B. die Zustellung eines Urteils, die Ladung) gleichwohl gültig. Denn im Gesetze ist nicht, wie für den Fall der Unterbrechung und Aussetzung, die Ungültigkeit ausgesprochen, und aus der Zulässigkeit der Vereinbarung folgt die Ungültigkeit der Prozeßhandlungen keineswegs. [Vgl. Kohler Prozeß als RV. S. 88. AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 431 bei N. 1, Planck I S. 521 f.] Die prozeßrechtliche Wirkung der Vereinbarung besteht darin, daß jede Partei durch den Nachweis der Vereinbarung die Verschiebung der richterlichen Thätigkeit bis nach Ablauf der vereinbarten Zeit erlangen kann. Will eine Partei die andere vor Ablauf dieser Zeit laden, so darf der Vorsitzende die Terminsbestimmung nicht verweigern — schon deswegen nicht, weil er, auch wenn ihm die Vereinbarung angezeigt war, nie wissen kann, ob sie nicht aufgehoben ist. Der Geladene kann die Ladung nicht unbeachtet lassen; erscheint er nicht, so riskiert er, daß gegen ihn Versäumnisurteil erlassen wird; das Gericht kann das Vers.Urteil nicht wegen der Vereinbarung versagen, weil die Ladung gültig und die Vereinbarung kein von Amtswegen zu berücksichtigender Umstand ist. Einspruch kann der Kontumazierte erheben, auch im besonderen Prozesse auf Schadensersatz klagen, weil der Gegner der Vereinbarung zuwider gehandelt hat. Aber das Vers.Urteil ist an und für sich gültig und kann nicht aus dem Grunde, weil keine Versäumung vorlag, angefochten werden. Der Geladene kann aber auf Grund der Vereinbarung vor dem Termine die Verlegung des Termins, im Termine die Vertagung auf die Zeit nach Ablauf der vereinbarten Ruhezeit verlangen.

Nach Umständen kann mit der Vereinbarung der Prozeßruhe ein Stundungsvertrag verbunden sein. Dessen Erfordernisse, insbesondere auch hinsichtlich der Form, und dessen Wirkungen sind nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. Liegt ein Stundungsvertrag vor, so kann der Beklagte die Abweisung der Klage „zur Zeit" verlangen, wenn der Kläger während der Stundung die Verurteilung beantragt.

3. Die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, hat zur Folge, daß der Lauf der gesetzlichen und der richterlichen Prozeßfristen aufhört. Daß nach Beendigung des

Digitized by Google

vereinbarten Stillstandes die volle Frist von neuem beginne, ist nicht gesagt, wird aber nach Analogie des § 226 anzunehmen sein, soweit nicht anderes vereinbart ist. Auf den Lauf der Notfristen (Verzeichnis s. Bem. Nr. 4 I h vor § 191 S. 253) hat die Vereinbarung keinen Einfluß. Auf die Restitutionsfrist (§ 212) ist dies wegen Abs. 2 des § 212 auszudehnen, obwohl sie nicht als Notfrist bezeichnet ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 432. AM. Planck I S. 522 N. 36.] Daraus, daß auf diese Fristen eine Vereinbarung der Parteien keinen Einfluß hat, folgt, daß Prozeßhandlungen zur Wahrung dieser Fristen während der vereinbarten Prozeßruhe vorgenommen werden können. Es kann also z. B. die Berufungsschrift rechtsgültig zugestellt werden; der Termin, zu dem geladen wird, muß aber auf Antrag verlegt oder es muß die Verhandlung vertagt werden, wenn der Termin noch in die Zeit der vereinbarten Prozeßruhe fällt. — Welchen Einfluß das Ruhen des Prozesses auf die Verjährung hat, bemißt sich nach dem bürgerlichen Rechte; die Rechtshängigkeit hört nicht auf [RG. 2. März 1894 Entsch. XXXII Nr. 88 S. 357].

4. Die vereinbarte Prozeßruhe endigt mit Ablauf der vereinbarten Frist und, wenn keine bestimmte Frist vereinbart ist, mit der Aufkündigung. Solche liegt natürlich in der Ladung des Gegners.

5. Das Ausbleiben beider Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung (Gegensatz: Termin zur Urteilsverkündung oder nur zur Beweisaufnahme) und gemäß § 298 auch das Nichtverhandeln bewirkt Ruhe des Verfahrens. Von einer fingierten oder präsumierten Vereinbarung im Falle des Nichterscheinens zu reden, leitet irre. Das Verfahren ruht auch, wenn beide Parteien gegen ihre Absicht den Termin versäumt haben.

Die Ruhe des Verfahrens tritt ein, wenn beide Parteien beim Aufruf der Sache nicht erschienen sind und der Termin durch Aufruf einer anderen Sache oder durch Schluß der Sitzung zu Ende ist. Erscheint eine Partei, nachdem das Verfahren zu ruhen begonnen hatte, so kann sie ein Versäumnisurteil gegen den Gegner nicht mehr erwirken. Finden sich nachträglich beide Parteien ein und sind beide zur Verhandlung bereit, so muß das Amtsgericht, es können die höheren Gerichte verhandeln lassen [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 263 f.].

6. Das dem französischen Rechte eigentümliche, auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts (l. 13 C. de iudic. 3, 1; s. Buchka d. L. v. Einfluß des Prozesses auf das mat. Rechtsverhältnis II S. 52, Wetzell Syst. § 71 N. 2) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (péremption d'instance, s. code de proc. art. 397 ss.) ist in das Gesetz nicht aufgenommen, daher, wo es früher bestand, aufgehoben (Mot. S. 180).

§ 229.

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 174—176, 180. KPr. S. 76, 77, 536.

1. Die Beschwerde findet auch gegen die von Amtswegen beschlossene Aussetzung statt. — „Auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen" — s. Bem. Nr. 1 Ziff. III vor § 217. Ob gegen Aussetzung auf Grund der im EG. § 15 N. 1 vorbehaltenen Landesgesetze über Kompetenzkonflikte die Beschwerde zulässig ist, bestimmt das Landesgesetz; dieses kann den Aussetzungsbeschluß für unanfechtbar erklären [vgl. RG. 11. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 98 S. 415 ff.].

Digitized by Google

2. Wird ein Aussetzungsbeschluß im Beschwerdeverfahren aufgehoben, so ist die Aussetzung beendigt; aber der aufgehobene Beschluß wird nicht rückwärts als nicht vorhanden betrachtet, vielmehr bleibt er bis zur Aufhebung wirksam.

3. Auf die Entscheidung, wodurch die Unterbrechung des Verfahrens festgestellt oder ein Antrag auf solche Feststellung abgelehnt, oder die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens zugelassen oder abgelehnt wird, findet § 229 entsprechende Anwendung [vgl. RG. 28. Okt. 1885 Entsch. XVI Nr. 79 S. 340, 24. Juni 1886 XVI Nr. 88 S. 358]; nicht aber auf die Entscheidung über einen auf Vereinbarung gestützten Vertagungsantrag, dafür gelten die in Bem. Nr. 3 zu § 205 entwickelten Sätze [AM. OLG. Karlsruhe SA. XLVII Nr. 295].

Digitized by Google

Zweites Buch.

Verfahren in erster Instanz.

Aus den Motiven: „Das zweite Buch stellt das Verfahren in erster Instanz dar; es besteht aus zwei Abschnitten, von denen der erste das Verfahren vor den Landgerichten, der zweite das Verfahren vor den Amtsgerichten betrifft. Das erstinstanzliche Verfahren vor den Landgerichten ist ausführlich und erschöpfend behandelt, so daß die Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten nur die Abweichungen und Besonderheiten enthalten, welche für das Verfahren bei diesen Gerichten bestehen."

Abweichungen und Besonderheiten des Verfahrens vor den Kammern für Handelssachen s. GVG. §§ 102—108, 118.

Erster Abschnitt.

Verfahren vor den Landgerichten.

Aus den Motiven: „Der erste Titel regelt das Verfahren bis zum Urteile, der zweite Titel beschäftigt sich mit dem Urteile, während der dritte Titel das Versäumnisverfahren, das Versäumnisurteil und den Einspruch behandelt.

Die Vorschriften des ersten Titels gewähren ein klares und übersichtliches Bild über den Gang des Verfahrens von der Erhebung der Klage ab bis zum Urteile, indem sie dem regelmäßigen Laufe des Verfahrens folgen und zugleich alle Besonderheiten und alle die Beweisaufnahme bezielenden Vorschriften umfassen. Um indeß die Übersichtlichkeit nicht zu gefährden, sind verschiedene Vorschriften, welche an sich Bestandteile des ersten Titels sind, in besonderen Titeln (4—12) zusammengestellt, so daß im ersten Titel an den entsprechenden Stellen (§§ 250, 257) auf diese Vorschriften verwiesen werden konnte."

Die in besonderen Titeln zusammengestellten Vorschriften betreffen das vorbereitende Verfahren, in Rechnungssachen (4. Titel) und das Beweisverfahren (5.—12. Titel).

Erster Titel.

Verfahren bis zum Urteile.

§ 230.

Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) **die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;**
2) **die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;**

Digitized by Google

3) die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

In der Klageschrift soll ferner der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werte abhängt.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.

Mot. S. 22, 38, 181, 182. KPr. S. 77, 78, 587.

1. Litteratur über „Klagerecht" und über die Arten der Klage s. Bem. Nr. 1 zu § 231. — Erhebung der Klage ist die Prozeßhandlung, womit eine Partei (Kläger) das Gericht um ein Urteil über ihr Recht angeht. Mit dieser Handlung beginnt der Prozeß. Für die Klagerhebung bestimmt der § 230 die regelmäßige Form. Sie besteht in der Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift) an den Gegner (Beklagten). Im amtsgerichtlichen Verfahren kann der Schriftsatz durch das Protokoll des Gerichtsschreibers ersetzt werden (§ 457). Außer dieser Form der Klagerhebung kennt die CPrO. noch die Klagerhebung durch den mündlichen Vortrag in der Gerichtssitzung. Die mündliche Klage ist als prozeßeröffnender Akt zugelassen in den §§ 461 und 471; sie ist die Form, in der im Laufe eines Prozesses von dem Kläger eine neue Klage (Zusatzklage oder geänderte Klage) oder vom Beklagten eine Widerklage erhoben wird (§ 254). Auf die mündliche Klage finden die Vorschriften des § 230 über den Inhalt der Klageschrift entsprechende Anwendung.

Ungültig ist die Zustellung der Klage an den Kläger als den gesetzlichen Vertreter des Beklagten (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 50 und Bem. Nr. 1 zu § 157).

2. Die Klageschrift hat teils einen bestimmenden, teils einen vorbereitenden Charakter (Mot. S. 464). Sie bestimmt den Gegenstand des Rechtsstreits. Nach ihr ist zu bemessen, worüber Prozeß begonnen hat und ob eine Änderung der Klage vorliegt. § 230 Abs. 2 bestimmt, was in einer Klageschrift stehen *muß*. Daran reiht sich die instruktionelle Vorschrift des Abs. 3. Abs. 4 verweist auf die instruktionellen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze.

3. *In der Klageschrift muß enthalten sein:*

I. *Die Bezeichnung der Parteien* nach Name, Stand und Wohnort. Giebt es mehrere Personen gleichen Namens und Standes an demselben Orte, so sind weitere Unterscheidungsmerkmale, z. B. Wohnung oder Abstammung, anzugeben (vgl. nordd. Pr. II S. 529). Handelsgesellschaften, auch offene, können ohne Angabe der Gesellschafter mit ihrer Firma bezeichnet werden (arg. HGB. Art. 111, 164, 213). Auch zur Bezeichnung des Einzelkaufmanns in den Prozeßschriften und im Urteile genügt die Firma, wenn aus einem Handelsgeschäfte geklagt wird; denn die Firma ist der kaufmännische Name der Partei. Aber im Laufe des Prozesses kann die Benennung des Inhabers nötig werden, z. B. bei Eidesauflagen, ebenso bei der Vollstreckung. [Vgl. Puchelt Komm. z. HGB. Art. 15 N. 6, v. Völderndorff in Endemann Handb. I § 47, Behrend Lehrb. d. HR. I S. 266 N. 67, ROHG. Entsch. XXIII S. 101 (wo auch ältere Urteile cit. sind), KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 129, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 19. *Dagegen:* Martinius Beitr. z. E. d. DR. XIX S. 179 ff., Dernburg preuß. PrR. II § 313 N. 3, Staub Komm. z. HGB. Art. 15 § 4, Wilm. Levy N. 3.] Der Konkursverwalter ist als solcher unter Angabe des Konkurses und nach Namen, Stand, Wohnort zu bezeichnen; der Testamentsvollstrecker nach dem Nachlasse, also unter Angabe des Verstorbenen, und nach Namen, Stand, Wohnort.

Digitized by Google

Die Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters einer Partei ist nicht wesentlich, soll aber nach § 121 Nr. 1 beigefügt werden. Eine nachträgliche Änderung in dieser Bezeichnung beeinträchtigt die Gültigkeit der Klage nicht, wenn nur der richtige Vertreter geladen wird [RG. 11. Mai 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1205].

II. Die Bezeichnung des Gerichts. Will der Kläger, daß vor der Kammer für Handelssachen verhandelt werde, so hat er dies in der Klageschrift zu erklären (GVG. § 102 Abs. 1).

III. Die bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruchs. Der Kläger muß angeben, was er vom Beklagten will. Handelt es sich um einen Anspruch in Bezug auf eine species, so ist diese so zu bezeichnen, daß Zweifel darüber, welche Sache gemeint sei, nach Möglichkeit ausgeschlossen sind. Bei Grundstücken dient hierzu die Angabe der Plan-, Kataster-, Grundbuchs-, Hausnummer. Handelt es sich um einen Anspruch auf gegnerisch bestimmte Sachen, so ist Qualität und Quantität in entsprechender Weise anzugeben.

IV. Die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs. Ältere Litteratur über Klagegrund: Wetzell Syst. § 16, Sintenis Erläut. Nr. V S. 214 ff., Brackenhöft Ztschr. f. CR. u. Pr. XI S. 175 ff. und Erört. S. 407 ff., Reinhold Ztschr. f. CR. u. Pr. XXXIII S. 20 ff., Hinschius Arch. f. c. Pr. XLVII S. 101 ff. — Litteratur seit der CPrO.: Wach Vortr. S. 15 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 422 ff., 425 ff., Lehrb. (7) § 53 und Ztschr. f. d. CPr. IX S. 69 ff., Plosz Theorie des Klagerechts S. 26 ff., Dernburg preuß. PrR. I § 126 und Pand. I § 152, Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 23 bei N. 19 (5. Aufl. S. 254 ff.), Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 385 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 657 ff. u. Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Pr. II S. 65 ff. u. 129 ff., Hinschius Rechtslex. II S. 472, P. Alexander-Katz Schriftsätze und Anwaltszwang S. 17 ff., E. Fuchs Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 635 ff., Bolgiano Ztschr. f. Pr. u. d. R. XIV S. 360 ff. und Ztschr. f. d. CPr. XII S. 455 ff., Hellmann Lehrb. S. 384 ff., Planck I § 53 N. 27, § 71 N. 7, II § 87 S. 24, 36 ff., § 100 S. 122 ff., R. Schmidt Klagänderung S. 147 ff., bes. S. 198, Staub Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 554 ff., Wach eod. XXXIII S. 1 ff., Reinhold z. Lehre vom Klagegrund (neue Bearb. d. ob. cit. Abhandl.). Vgl. a. Kleinschrod Klagänderung S. 24, Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 9 ff., Birkmeyer Arch. f. c. Pr. LXVI S. 38, Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 34, Cosack Anfechtungsrecht S. 223 N. 5, Weismann Hauptintervention S. 157 N. 10, Schollmeyer die Kompensationseinrede S. 126, Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 278, Fischer das Problem der Identität und der Neuheit (aus der Bresl. Festgabe zu Iherings Jub., Breslau 1893) S. 39 ff.

Grund des erhobenen Anspruchs ist gleichbedeutend mit Klagegrund (§ 240). Darunter ist das Rechtsverhältnis zu verstehen, woraus das subjektive Recht des Klägers gegen den Beklagten hergeleitet wird. Über den Begriff des Rechtsverhältnisses s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 231 S. 307. Das Rechtsverhältnis muß in der Klageschrift so angegeben werden, daß daraus seine Eigenart zu erkennen ist. Dazu gehört nicht die Anführung der einzelnen Thatsachen, die nach dem materiellen Rechte zur Entstehung des Rechtsverhältnisses und des Anspruchs führen (die sog. Substanzierung), sondern es genügt die Angabe der Unterscheidungsmerkmale (die sog. Individualisierung). Die Individualisierung des Rechtsverhältnisses kann zweifellos durch die Angabe jener Thatsachen erfolgen; aber die Angabe jener Thatsachen ist nicht erforderlich zur Individualisierung des Rechtsverhältnisses; die Substanzierung ist für die mündliche Verhandlung nötig, aber nicht für die Klageschrift. Für diese genügt vielmehr die Angabe des vom Kläger aus jenen Thatsachen gezogenen Resultats, während die Angabe der Thatsachen, die Geschichtserzählung, nur in-

Digitized by Google

struktionell durch § 121 Nr. 3 verlangt wird. Beispiele: Zur Begründung einer Eigentumsklage sowohl in der Gestalt der vindicatio wie der actio confessoria genügt für die Klageschrift die Behauptung des Eigentums und der Störung durch Vorenthaltung des Besitzes oder durch sonstigen Eingriff; die Angabe der Thatsachen, woraus der Kläger sein Eigentum folgert, ist nicht erforderlich. Zur Begründung der Servitutenklage genügt die Behauptung des speziellen Servitutenrechts, zur Begründung der Pfandklage die Behauptung des nach Umfang und Gegenstand zu bezeichnenden Pfandrechts; nicht wesentlich ist die Angabe der Thatsachen, aus denen der Kläger sein Servituten- oder sein Pfandrecht ableitet. Zur Klage aus einem Kaufvertrage genügt, daß der Kläger in der Klageschrift angiebt, aus dem und dem Kaufvertrage zu klagen; die Thatsachen, aus denen er die Existenz des Vertrags folgert, müssen nicht angegeben werden. Zur Klage wegen einer Sachbeschädigung genügt die Angabe, daß der Beklagte schuldhaft die und die Sache des Klägers beschädigt habe; nicht wesentlich ist die Angabe der einzelnen das Verschulden begründenden Thatsachen und der einzelnen Thatmomente der Schädigung. Zur Begründung der Klage auf Alimentation wegen ehelicher Vaterschaft genügt die Behauptung der Vaterschaft; nicht notwendig ist die Angabe der Thatsachen, woraus sich die Vaterschaft ergiebt. Zur Begründung der hereditatis petitio genügt die Behauptung, Erbe eines bestimmten Verstorbenen ex testamento oder ab intestato zu sein (die Angabe, ob die Erbschaft ex testamento oder ab intestato in Anspruch genommen werde, ist zur Individualisierung nötig) und die Behauptung der Vorenthaltung durch den Beklagten; die Angabe der Thatsachen, aus denen der Kläger sein Erbrecht herleitet, gehört nicht zum Klagegrunde. — Der hier vertretenen Meinung über die Bedeutung des § 230 Nr. 2, für die sich Wach, Fitting, Plosz, Eccius, Petersen, v. Sarwey, Hinschius, Alexander-Katz, Schultze, Birkmeyer, Nessel, Cosack, Fuchs, Bolgiano, R. Schmidt, Oetker und Fischer a. a. O. erklären und die auch das RG. in U. 22. Nov. 1882 Entsch. X Nr. 122 S. 395 (vgl. a. Entsch. VIII S. 91) zu vertreten scheint, steht die andere gegenüber, daß unter dem in der Klageschrift anzugebenden Klagegrunde die Thatsachen zu verstehen seien, aus denen das Rechtsverhältnis und der Anspruch hervorgehen, wonach also die Anführung der einzelnen Thatsachen, woraus das Rechtsverhältnis und der Anspruch hervorgegangen ist, insbesondere bei dinglichen Klagen die Angabe des speziellen Erwerbsgrundes des dem Anspruche zu Grunde liegenden Sachenrechts, wesentliches Erfordernis der Klageschrift wäre. Diese Ansicht hat eine Stütze in dem Mot. S. 182, wo es heißt: „Den Grund des erhobenen Anspruchs (§ 230 Nr. 2, § 630 Nr. 3) oder den Klagegrund (§ 230) bilden diejenigen Thatsachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen — die rechtsbegründenden Thatsachen". Sie wird vertreten von Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 437 f., Puchelt II S. 5, Endemann II S. 8, Hellmann Lehrb. S. 384 ff., Dernburg, Kleinschrod, Weismann Schollmeyer, Planck, Staub a. a. O., vom RG. in den UU. v. 4. Jan. 1884 Entsch. X Nr. 142 S. 434, 22. Febr. 1884 XI Nr. 50 S. 242, 15. Okt. 1885 SA. XLI Nr. 306, vom OLG. Celle SA. XXXVII Nr. 155 und vom OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 144. Aus den im Streite der Meinungen vorgebrachten Gründen sind folgende zu erwähnen: a) In § 230 Nr. 2 ist nicht die in § 121 Nr. 3 gebrauchte Wendung „Angabe der zur Begründung dienenden thatsächlichen Verhältnisse", sondern ein anderer Ausdruck, nämlich „Grund des erhobenen Anspruchs" für die in der Klageschrift notwendigen Angaben gebraucht. Das läßt darauf schließen, daß mit diesem Ausdrucke etwas anderes als die Angabe von Thatsachen gemeint ist. b) In § 240 Nr. 1 ist die Ergänzung und Berichtigung, also auch

Digitized by Google

die Änderung der thatsächlichen Anführungen gestattet, die Änderung des Klagegrundes aber nicht. Es muß also der Klagegrund etwas von den thatsächlichen Anführungen verschiedenes sein. Das steht allerdings nur für § 240 Nr. 1 fest. Aber die Verwendung dieses Resultats zur Auslegung des § 230 liegt nahe. c) In § 630 Nr. 3, § 632 wird die Angabe des „Grundes des Ausspruchs" für das Gesuch um den Zahlungsbefehl und für den Zahlungsbefehl gefordert. Die Mot. S. 381 bemerken: „Zur Begründung des . . . Gesuchs gehören die zur Begründung einer Klage notwendigen Angaben", sie verweisen auf den dem § 230 entsprechenden § des Entw. und sagen dann, diese Angaben seien an sich schon so knapp bemessen, daß für das Gesuch um den Zahlungsbefehl nicht weniger gefordert werden könne. Gewiß wird für das Gesuch um den Zahlungsbefehl Substanzierung im oben angegebenen Sinne *nicht* gefordert. Der Rückschluß auf die Klage ist wieder kein zwingender; aber der § 630 stützt immerhin die vorgetragene Auslegung des § 230. d) Für die gegnerische Auslegung wird der § 574 angerufen, wo Klagegrund die zur Begründung der Klage dienenden Thatsachen bezeichnen soll. Aber dieser § gestattet auch den Übergang von einer zu einer anderen Klage in Ehesachen, z. B. von der Scheidungs- zur Ungültigkeitsklage (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 574), so daß also Klagegrund in § 574 nicht *bloß* die thatsächliche Begründung derselben Klage bedeuten kann. e) Den § 137, worin von mehreren Klagegründen gesprochen wird, hat man für beide Ansichten zu verwerten gesucht [vgl. einerseits Petersen Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 670, andrerseits Hellmann Lehrb. S. 386]. Der § 137 ist mit beiden Ansichten verträglich. f) Zur Unterstützung der oben vertretenen Auslegung hat man den § 296 herangezogen, wonach das Versäumnisurteil auf Grund des thatsächlichen mündlichen Vorbringens ergeht, indem man daraus folgerte, daß das thatsächliche Vorbringen nicht in die Klageschrift gehöre [so insbes. Plosz a. a. O. S. 124]; aber diese Beweisführung ist zwingend. g) Gewichtiger ist das [neuerdings von R. Schmidt a. a. O. S. 171 ff. ausgeführte] Argument: da nach § 293 die Rechtskraft sich nicht auf Thatsachen, sondern auf Rechtsverhältnisse und Ansprüche bezieht, so sind in der Klageschrift Rechtsverhältnisse und Ansprüche, nicht Thatsachen anzugeben. h) Am gewichtigsten aber scheint die Erwägung, daß das gemeinrechtliche Gebot der thatsächlichen Substanzierung der Klageschrift ein Produkt des schriftlichen Verfahrens und der Eventualmaxime war und daher für ein auf Mündlichkeit beruhendes Verfahren ohne Eventualmaxime nicht paßt. Auch das franz. Recht fordert nicht die Substanzierung im oben bezeichneten Sinne (vgl. Code de proc. art. 61 Nr. 3). — Speziell über die Begründung der Feststellungsklagen vgl. Th. Kayser Arch. f. c. Pr. LXX S. 462 ff., R. Schmidt Klagänderung S. 199, Wach Feststellungsanspruch S. 51 ff.

Für alle Klagen ist durch Abs. 4 des § 230 vgl. mit § 121 Nr. 3 die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse instruktionell vorgeschrieben.

Nicht erforderlich ist die Angabe der Rechtsnormen, woraus der Kläger das Rechtsverhältnis herleitet. Ebenso wenig die Bezeichnung der Klage mit ihrem juristischen Namen.

V. *Ein bestimmter Antrag*, d. i. eine Sach- oder Urteilsbitte. Diese Bitte muß gesondert vom Klagegrunde auftreten. Sie muß sich auf Haupt- und Nebensache erstrecken. Die Verurteilung in die Prozeßkosten braucht nicht verlangt zu werden (§ 279 Abs. 2). Der Antrag muß so *bestimmt* sein, daß man daraus ersehen kann, welches Urteil, insbesondere, ob ein Feststellungs- oder ein kondemnatorisches Urteil [vgl. RG. 5. Mai 1883 Entsch. X Nr. 108 S. 355] begehrt wird, wozu jedoch nicht gerade die Formulierung des begehrten Urteils erforderlich ist. Bei den auf eine Leistung gerichteten Klagen ist der Antrag nur dann genügend bestimmt, wenn er erkennen läßt, was der Kläger qualitativ

Digitized by Google

und quantitativ von dem Beklagten verlangt; entweder ist der verlangte Betrag ziffermäßig einzusetzen oder es sind doch die zur Berechnung nötigen Anhaltspunkte in der Klageschrift so genau anzugeben, daß daraus der verlangte Betrag rechnerisch festgestellt werden kann. Ein Antrag, den Beklagten zur Leistung „angemessener" Entschädigung oder „entsprechender" Unterhaltsbeiträge oder zur Zahlung des aus einer noch nicht vorliegenden Rechnungsstellung des Beklagten sich ergebenden Betrags zu verurteilen, ermangelt der genügenden Bestimmtheit. [Vgl. Mot. S. 210, nordd. Entw. § 457, nordd. Prot. S. 684 ff.; Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy (6) N. 6, Gaupp I S. 440 f., v. Kienitz Ztschr. f. d. CPr. X S. 235 ff., RG. 5. Mai 1883 Entsch. X Nr. 108 S. 355, 28. Okt. 1884 XII Nr. 114 S. 391, 22. Juni 1885 XIII Nr. 123 S. 437, verein. CS. 28. Juni 1888 XXI Nr. 75 S. 382 ff. In den Gründen dieser Entscheidung ist der Satz aufgestellt, es genüge, wenn nach dem Antrage in Verbindung mit den über den Gegenstand und Grund des Anspruchs gemachten Angaben der erhobene Anspruch in der Art individualisiert sei, daß ... der Betrag durch richterliches Ermessen nötigenfalls mit Hülfe von Sachverständigen festgestellt werden könne. Wenn damit gesagt sein sollte, daß unter den angegebenen Voraussetzungen ein Antrag genüge, der die Höhe des zuzusprechenden Betrags dem Ermessen des Gerichts anheimgebe, so wäre diese Ansicht nicht zu billigen. Übrigens machen die weiteren Ausführungen zweifelhaft, ob das damit gesagt sein soll. Dagegen werden Anträge, die den Betrag ganz auf das richterliche Ermessen abstellen, für zulässig erachtet von Hellmann Komm. II S. 8 u. Lehrb. S. 362, Übel Ztschr. f. d. CPr. VI S. 157 ff. und früher vom RG. 3. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 47 S. 175, 19. Dez. 1883 X Nr. 136 S. 413, 24. Okt. 1883 X N. 138 S. 422, 28. Okt. 1884, dazu Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 305, 404.] Eine Klage mit dem Antrage auf Verurteilung des Beklagten zum Schadensersatz vorbehaltlich der Liquidation des Schadens ist eine Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht; eine derartige Feststellungsklage unterliegt der in § 231 für Feststellungsklagen aufgestellten Voraussetzung. Sie kann also nur dann erhoben werden, wenn der Kläger ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung darthut; darüber, wann ein solches Interesse vorhanden ist, s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 231. Das Interesse kann z. B. vorhanden sein, wenn die Ersatzpflicht bestritten und der Umfang des Schadens noch nicht zu übersehen ist. Keineswegs ist aber allgemein und ohne das Vorhandensein jenes Interesses die Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht vorbehaltlich der Liquidation des Schadens zulässig. [Vgl. Gaupp I S. 441 und nach mehrfachen Schwankungen RG. verein. CS. 28. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 75 S. 382 ff., 7. Nov. 1888 SA. XLIV Nr. 222 (Anwendung auf Widerklage), 17. Nov. 1888 SA. XLIV Nr. 141, 18. Febr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 81 S. 346, 15. Juni 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1150 ff., wo aber wohl irrtümlich die Ersparung eines erheblichen Aufwandes an Gerichtsgebühren als genügendes Interesse angenommen ist. Vgl. ferner Kohler Forschungen S. 68 ff., Planck II S. 18 N. 60. Abweichend Struckm. Koch N. 6, Übel und Rocholl a. a. O., Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 579 N. 1, frühere UU. des RG. Entsch. X Nr. 47 S. 175, Nr. 108 S. 353, Nr. 136 S. 413, Nr. 138 S. 422, XII Nr. 114 S. 391 und ein U. d. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 312. Eine projektierte Änderung der CPrO. s. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 700.] Die Klage kann nicht bedingt erhoben, also der Antrag auf Erlassung eines Urteils nicht von einer (aufschiebenden oder auflösenden) Bedingung abhängig gemacht werden. Daher ist der Antrag, gegen A und für den Fall der Abweisung der Klage gegen A gegen B ein Urteil zu erlassen, in seinem zweiten Teile prozeßrechtlich nicht zulässig. Dagegen ist es zulässig, mit einem primären Antrage für den Fall, daß diesem nicht stattgegeben werden sollte, einen Eventualantrag gegen denselben Beklagten zu ver-

Digitized by Google

binden; denn hier ist nicht der Antrag auf Erlassung eines Urteils gegen den Beklagten und folglich nicht die Klagerhebung, sondern nur das Verlangen des eventuellen Urteilsinhalts bedingt. Genügend bestimmt ist ein derartiger Antrag, weil sich bei der Urteilsfällung entscheiden muß, ob die Bedingung, unter der der Eventualantrag in Betracht kommt, eintritt oder nicht. Eventualanträge sind nicht bloß dann zulässig, wenn sie auf eine Beschränkung des primären Antrags hinauslaufen, sondern auch wenn etwas anderes verlangt wird. In diesem Falle liegt eine eventuelle Verbindung mehrerer Ansprüche vor, worüber näheres in Bem. Nr. 4 zu § 232. Dort ist auch Litteratur über Eventualanträge und eventuelle Verbindung mehrerer Ansprüche angegeben. — Genügend bestimmt ist auch der Antrag auf Verurteilung des Beklagten zu einer alternativen Leistung nach dessen Wahl [vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 92] oder auch nach Wahl des Klägers. Der Kläger muß sein Wahlrecht bei der Klagestellung noch nicht ausüben, er kann sich die Wahl vorbehalten. [Vgl. Wächter Erörter. III S. 117, Windscheid Pand. II § 255 N. 10, Pescatore die alternative Obligation S. 196 u. 255.]

VI. Die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung. Wegen des Begriffs „Ladung" s. Bem. Nr. 1 zu § 191. Die Ladung ist in den Schriftsatz aufzunehmen. Zur Ladung gehört die Angabe des Ladenden. Schon daraus folgt, daß die Klageschrift von dem Kläger oder seinem Bevollmächtigten, im Anwaltsprozesse also von dem Anwalte zu unterschreiben ist; nur durch Versehen des Vorsitzenden könnte auf die nichtunterschriebene Klageschrift ein Termin angesetzt werden (s. § 193 Bem. Nr. 2). Sollte dies gleichwohl geschehen sein, so gebräche es der Klage an einem formellen Erfordernisse, weil die nicht unterschriebene Klageschrift nicht ersehen läßt, daß der Kläger oder sein Bevollmächtigter die in der Schrift enthaltene Erklärung als seine Erklärung gewollt hat. [Vgl. die Mot. S. 182 sowie Bem. Nr. 2 zu § 74 und Bem. Nr. 8 zu § 126, ferner Wilm. Levy N. 7, Gaupp I S. 441, RG. 22. März 1893 Entsch. XXXI Nr. 87 S. 377. Abw. Ansichten bei Petersen (2) S. 381, Planck II S. 122.] Das Recht des Beklagten, den Mangel der Unterschrift zu rügen, kann nach § 267 verloren gehen. Über den Fall, daß die zugestellte Abschrift die Kopie der Unterschrift nicht enthält, s. Bem. Nr. 8 zu § 121.

Über weitere Erfordernisse der Klage im Urkunden- und Wechselprozesse s. §§ 556, 567. — Die Aufforderung des Beklagten zur Anwaltsbestellung (§ 192) ist im Anwaltsprozesse zwar nötig, um gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil zu erhalten. Aber wesentlicher Bestandteil der Klageschrift in dem Sinne, daß wegen dieses Mangels die Abweisung der Klage verlangt werden könnte, ist sie nicht. Daher kann sie auch in besonderer Schrift nachgeholt und es kann Versäumnisurteil verlangt werden, wenn zwischen der Zustellung solcher Nachholung und dem Termine die Einlassungsfrist liegt. [Vgl. nordd. Prot. S. 530, Gaupp I S. 442, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 35.]

4. Ein Schriftsatz, dessen Inhalt den wesentlichen Erfordernissen einer Klageschrift nicht entspricht, ist keine Klageschrift. Wird der Mangel nicht nachträglich gehoben (darüber s. Bem. Nr. 5), so ist bloß formale Rechtshängigkeit eingetreten (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 235). Es kann kein Urteil zur Sache erlassen, sondern nur auf Zurückweisung der Klage in der angebrachten Art (absolutio ab instantia) erkannt werden. Daß der Vorsitzende nicht befugt ist, die Terminsbestimmung zu versagen, weil das ihm zur Terminsbestimmung vorgelegte Schriftstück den Erfordernissen einer Klageschrift nicht entspricht, darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 193.

5. Über nachträgliche Ergänzung des Inhalts der Klageschrift: a) Entspricht der Inhalt der Klageschrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen, so kann der Kläger nicht dadurch, daß er in einem weiteren, dem Beklagten vor dem Termine zugestellten

Digitized by Google

Schriftsatze das Fehlende nachholt, die Ungültigkeit der Klagerhebung beseitigen. Das Gesetz kennt nur eine einheitliche Klageschrift, keine Mehrheit von successiv zugestellten Schriftsätzen, aus denen sich die Klageschrift zusammensetzen könnte. [So auch Gaupp I S. 442, Planck II S. 125; vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 510. AM. Struckm. Koch N. 8, Wilm. Levy (6) N. 2, Petersen (2) S. 381.] Wird die wegen mangelhafter Klageschrift ungültige Klagerhebung nicht schon durch Nachholung des Fehlenden in einem späteren Schriftsatze gültig, so kann doch die Ungültigkeit, die ihren Grund darin hat, daß erst die mehreren Schriftsätze den gesetzlichen Inhalt einer Klageschrift herstellen, nach § 267 geheilt werden; denn es ist eine nur die Form einer Prozeßhandlung betreffende Vorschrift verletzt. Die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten im Falle der Heilung erst mit der Zustellung des ergänzenden Schriftsatzes ein. Natürlich kann der Kläger einen neuen, allen Erfordernissen einer Klageschrift entsprechenden Schriftsatz, in dessen Ladung die Terminsbestimmung einzusetzen ist, vor dem Termine zustellen lassen. Das ist eine neue Klagerhebung; damit beginnen die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit. b) In dem Verhandlungstermine, worin der Beklagte nicht erschienen ist, kann der Kläger die Mängel der Klageschrift durch mündlichen Vortrag nicht ergänzen. Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten kann er nicht erlangen, weil keine ordnungsmäßige Klagerhebung vorliegt (§ 300). Wohl aber kann der Kläger, wenn der Beklagte erschienen ist, versuchen, im mündlichen Vortrage die Lücken der Klageschrift auszufüllen. Darauf muß sich zwar der erschienene Beklagte nicht einlassen; aber er kann es thun, und wenn er sich eingelassen hat, so kann er hinterher nicht mehr verlangen, daß die Klage wegen Unvollständigkeit der Klageschrift zurückgewiesen werde (§ 267). Die vollen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten in diesem Falle erst mit dem Vortrage der Klage in der mündlichen Verhandlung ein (§ 254). Daß diese Art von Klagerhebung im Verfahren vor den Amtsgerichten möglich ist, ist im Hinblicke auf § 461 ohne Bedenken. Nicht zweifellos ist die Sache im Verfahren vor den Landgerichten, weil hier eine dem § 461 entsprechende Zulassung einer Klage ohne Schriftsatz fehlt. Aber die Widerklage wird auch ohne Schriftsatz durch mündlichen Vortrag erhoben und die mit Zustimmung des Beklagten stets zulässige Klagänderung kann auch zur Erhebung der Klage durch mündlichen Vortrag führen. Daraus folgt, daß die Erhebung der Klage durch Zustellung einer Klageschrift auch im landgerichtlichen Prozesse nicht absolut unentbehrlich ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 8, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 442, Petersen (2) S. 381, Hellmann Komm. II S. 9 u. Lehrb. S. 419, Stein Urk.Proz. S. 159, R. Schmidt Klagänderung S. 145 N. 1, RG. 29. Nov. 1888 Entsch. XXII Nr. 86 S. 419. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 276 N. 29, Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 179, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 31 ff., OLG. Cassel SA. XLVIII Nr. 289.]

6. Instruktionell (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 121) ist für die Klageschrift angeordnet die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn davon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt (s. Bem. Nr. 1 zu § 2); ferner die Beobachtung der in den §§ 121, 122 enthaltenen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze. Wegen der Folgen der Nichtbeachtung der Anweisungen der §§ 121, 122 s. Bem. Nr. 1 zu § 121 und Bem. Nr. 2 zu § 122.

7. Die Zustellung der Klageschrift erfolgt nach den §§ 152 ff. Sind diese Vorschriften nicht beachtet, so ist die Zustellung und, weil diese zur Klagerhebung gehört, die Klagerhebung selbst nach Maßgabe der in Bem. N. 1 zu § 156 entwickelten Sätze ungültig. Diese Ungültigkeit kann nachträglich durch Verzicht oder durch Ausschließung des Rügerechts (§ 267) gehoben werden; dann datieren die Wirkungen der Klagerhebung von der fehlerhaften Zustellung an. Wird die Ungültigkeit nicht gehoben, so kann keine sach-

Digitized by Google

liche Entscheidung erlassen, sondern nur die absolutio ab instantia ausgesprochen werden. [Nach RG. 3. Okt. 1888 Entsch. XXI Nr. 83 S. 406 soll die wegen unrichtiger Zustellung ungültige Klagerhebung durch nachträgliche richtige Zustellung der Klageschrift gültig werden. Das ist unrichtig. Die neue Zustellung kann selbständige Wirkung haben, aber nicht die frühere Zustellung gültig machen. Vgl. Wilm. Levy (6) N. 2 S. 355.]

§ 231.

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Mot. S. 182—185. KPr. S. 78, 527.

1. Litteratur: Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl. 1867) S. 315 ff. und Urteile des Reichsgerichts (1883) S. 143 ff., Degenkolb Einlassungszwang und Urteilsnorm (1887) S. 129 ff., J. Weismann die Feststellungsklage (1879) darüber Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 379 ff., Weismann Hauptintervention (1884) S. 78 N. 10, S. 85 N. 6, A. Plosz Beitr. z. Theorie des Klagerechts (1880) S. 159 ff., Schultze Konkursrecht (1880) S. 56 f., 142 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 182 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. (3. Aufl.) § 27 III., Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 453, W. Kroll Klage und Einrede S. 54 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 329 ff. (mit unwesentlichen Änderungen auch in Rechtsf. a. d. Pr. d. RG. II S. 101 ff.), Wendt Arch. f. c. Pr. LXX S. 1 ff., Sprenger Mag. f. DR. VII S. 76 ff., Wach Handb. I S. 13 ff. u. „der Feststellungsanspruch" in Festg. d. Leipz. Jur.Fak. f. Windscheid (1889), Kohler Forschungen S. 63 ff., Fischer Ztschr. f. d. CPr. X S. 428, Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 156 ff., Leonhard der Anspruchsbegriff Ztschr. f. d. CPr. XV S. 327 ff., Planck II S. 12 ff., Hellmann Jahrb. f. Dogm. XXXI S. 79 ff., Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 42 ff., 576 ff., Jellinek Syst. der subj. öffentl. Rechte S. 118 ff.; vgl. a. L. Seuffert Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 638 ff., Kohler eod. XIV S. 36 f. Speziell über Feststellungsklagen im Erfinderrecht Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 335 ff. und Recht d. Markenschutzes S. 329 f.

2. Daß eine Klage erheben kann, wer das Recht hat, von einem anderen eine Leistung zu verlangen (Anspruch), ist in der CPrO. nicht ausdrücklich gesagt, sondern als etwas, was sich von selbst versteht, stillschweigend angenommen. Unter welchen Voraussetzungen jemand Klage erheben kann, ohne einen Anspruch zu haben, ist in § 231 bestimmt, weil sich ein solches Klagerecht keineswegs von selbst versteht. Die Klage zur Verfolgung des Anspruchs heißt man Leistungsklage, die andere Feststellungsklage. [Über eine weitere Klagenkategorie s. Oetker konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 576 ff.]

Ob auf Verurteilung zu einer erst in Zukunft fällig werdenden Leistung geklagt werden kann, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die CPrO. bestimmt darüber nichts, trifft aber insofern Vorsorge, als sie in den §§ 664, 672 vollstreckbare Urteile vorsieht, deren Vollziehung von dem Eintritte einer Thatsache oder eines Kalendertags abhängt. Reichsgesetzlich ist die Verurteilung zur Zahlung einer Rente zugelassen im Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 (RGBl. S. 207) § 7. Gemeinrechtlich wird die Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen zugelassen, wenn nur eine dieser Leistungen fällig ist. [Vgl. SA. II Nr. 56, III Nr. 383, IX Nr. 165, XIV Nr. 5 und Nr. 245.] Über das preuß. Recht s. AGO. I 28 §§ 4, 16 (Kündigungsklage), Kab.O. v. 17. Okt. 1833 Nr. 1, Förster Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 128 ff., Rocholl a. a. O. S. 354. Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 190

Digitized by Google

Abs. 2 u. 3 nebst den Mot. I S. 366 f., Entw. II Anm. zu § 195. Insoweit derartige Urteile zulässig sind, sind sie bei Eintritt der Fälligkeit vollstreckbar [vgl. Kohler Pr. als RV. S. 36 Note und Forschungen 64, Wach Feststf.Anspr. S. 36 f.].

Innerhalb der Feststellungsklage sind zu unterscheiden: die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde und die Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde.

Die Bestimmungen der CPrO. über die Zulässigkeit der Feststellungsklage sind erschöpfend in dem Sinne, daß Landesgesetze, worin Feststellungsklagen auch unter anderen als den von der Civilprozeßgebung bestimmten Voraussetzungen zugelassen würden, durch die CPrO. aufgehoben sind. [Vgl. Gaupp I S. 440, Wach Feststellungsanspr. S. 45. Abw. Mandry d. civ. Jnh. (3) S. 271 u. RG. 30. Mai 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1009.]

3. Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses (positive Feststellungsklage).

a) **Rechtsverhältnis** ist das durch die Rechtsnorm gesetzte Verhältnis einer Person zu einer Person oder einem Personenkreise, zu einem Vermögen oder Vermögensstück. [Vgl. dazu v. Savigny Syst. I S. 6 ff., Windscheid Pand. (7) I § 37 a, Bekker Pand. I S. 45, Dernburg Pand. (4) I § 40, Bierling jur. Grundbegriffe II S. 127 ff., Ztschr. f. d. g. StrRW. X S. 252 u. jur. Prinzipienlehre I S. 183.] Auch der Anspruch in dem Sinne der Bem. Nr. 2 fällt darunter; aber Rechtsverhältnis ist der weitere Begriff. Die Rechtsnorm knüpft an gewisse Thatbestände gewisse Wirkungen. Darunter können Ansprüche sein. Die von der Rechtsnorm an den Thatbestand geknüpften Wirkungen werden zusammengefaßt und als etwas einheitliches — das Rechtsverhältnis — behandelt. Es ist hier nicht zu erörtern, ob diese Konstruktion notwendig ist. Thatsache ist, daß sie in der juristischen Doktrin besteht und daß die CPrO. sich ihr angeschlossen hat [vgl. Wach Feststellungsanspr. S. 48 f.]. — Da die CPrO. nur für die vor die ordentlichen Gerichte gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gilt (s. EG. § 3 nebst den Bemerkungen), so können Feststellungsklagen bei den ordentlichen Gerichten nur in Bezug auf solche Rechtsverhältnisse erhoben werden, die nach Reichs- oder Landesrecht der Kognition der ordentlichen Gerichte unterworfen sind. Gehört z. B. die Steuerpflicht nach Landesrecht nicht zur Kognition der ordentlichen Gerichte, so kann keine darauf bezügliche Feststellungsklage erhoben werden. [Vgl. RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 119 S. 387 a. E., 22. Mai 1886 XVI Nr. 95 S. 391 a. E.] Innerhalb der hiernach gezogenen Schranke können alle Arten von Rechtsverhältnissen — dingliche und obligatorische, Status- und Familienrechtsverhältnisse [vgl. RG. 22. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 45 S. 174 ff., wo Feststellungskl. bezüglich des Rechts auf Führung eines Familiennamens und -wappens zugelassen ist] und die sog. Immaterialrechte — Autor-, Patent-, Marken-, Musterrecht, soweit diese Rechte im Inlande geschützt sind [vgl. RG. 30. Apr. 1894 Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 60 ff.] — Gegenstand der Feststellung sein. Die natürlichen Verbindlichkeiten sind nicht ausgeschlossen, wenn das Interesse (s. u. litt. d) vorhanden ist. — Auf die Feststellung von Thatsachen, auch wenn sie für die Entstehung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen erheblich sind, kann keine Klage erhoben werden (Ausnahme: Kl. auf Feststf. d. Echtheit od. Unechtheit e. Urkunde); ebensowenig auf die Feststellung von Rechtssätzen [vgl. Bähr Urteile S. 143 N. 1, Wach Feststellungsanspr. S. 49, RG. Entsch. VI Nr. 119 S. 387, XVIII Nr. 35 S. 172]. Der Besitz ist ein rechtlich geregeltes Verhältnis und kann daher Gegenstand der Feststellungsklage sein (Mot. S. 184).

b) Es ist nicht nötig, daß das Rechtsverhältnis ein Verhältnis zwischen den Parteien sei. Sonst wären alle absoluten Rechte (Sachenrechte, Immaterialrechte) von der Feststellung

Digitized by Google

ausgeschlossen; denn hier ist vor der Verletzung kein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen vorhanden. Aber auch relative Rechte (wie Forderungsrechte) können Gegenstand eines Feststellungsprozesses nicht bloß zwischen den zwei als Gläubiger und Schuldner in Betracht kommenden Personen, sondern auch zwischen dem Gläubiger und einem Dritten sein. Daher ist die Klage des Gläubigers gegen den Forderungsprätendenten auf Feststellung des Forderungsrechts bezüglich einer noch zu zahlenden oder bereits hinterlegten Schuld zulässig [vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. S. 480 und Urteile S. 152, Schmid Cession II S. 371, 374, Windscheid Pand. II § 334, Mandry der civ. Inh. (3) S. 273, SA. XX Nr. 69, XXI Nr. 170, XXII Nr. 3, XXXV Nr. 89, Entsch. ROHG. XXIV S. 314, RG. 28. Okt. 1881 Entsch. VII S. 421 N. 1, 18. Okt. 1882 VII Nr. 126 S. 420, 10. März 1887 SA. XLII Nr. 187] und zwar ist diese Klage keine besondere Art von Klage, sondern Feststellungsklage im Sinne des § 231. [AM. Rocholl a. a. O. S. 405, der diese Klage unter dem Namen Konfliktsklage als eine eigene Art von Klage behandelt; ähnlich RG. 18. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 126 S. 419. Gegen Rocholl: Wach Handb. I S. 23 N. 28 u. Feststellungsanspr. S. 49 ff., Gaupp I S. 447. Auch Wilm. Levy (6) N. 6 S. 372 bekämpfen die Kategorie der „Konfliktsklage", halten aber diese Klage für eine Leistungsklage.]

c) Nicht bloß das gegenwärtige, sondern auch ein der Vergangenheit angehöriges Rechtsverhältnis kann Gegenstand der Feststellung sein, wenn sich daraus noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben [vgl. RG. 12. Mai 1886 SA. XLI Nr. 168, 5. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 49 S. 204]. Daher können z. B. die nach den Unfallversicherungsgesetzen zum Bezuge einer Rente berechtigten Hinterbliebenen auf Feststellung ihres Rechtsverhältnisses zu dem Getöteten klagen (vgl. Unf.Vers.Ges. v. 6. Juli 1884 RGBl. S. 69 § 63 Abs. 2, v. 5. Mai 1886 RGBl. S. 157 § 68 Abs. 2, v. 13. Juli 1887 RGBl. S. 329 § 71 Abs. 2). In Bezug auf möglicherweise entstehende zukünftige Rechtsverhältnisse ist keine Feststellungsklage möglich; aber Rechtsverhältnisse, aus denen bedingte oder befristete Ansprüche entstehen, sind keine zukünftigen [vgl. Mot. S. 184].

d) Der Kläger muß ein rechtliches Interesse daran haben, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, wer durch ein seine Rechtslage gefährdendes Verhalten des Gegners veranlaßt ist, die Feststellung des Rechtsverhältnisses zu wünschen. Ob das Verhalten des Gegners die Rechtslage gefährdet, hat das Gericht nach vernünftigem Ermessen zu beurteilen. [Vgl. Bähr Anerkennung S. 320 f., RG. 27. Sept. 1883 Entsch. X Nr. 114 S. 369.] Regelmäßig wird die Bestreitung des Rechtsverhältnisses von Seiten des Gegners erforderlich sein und genügen. Doch ist die Bestreitung nicht unter allen Umständen genügende Veranlassung. [Vgl. Wach Feststellungsanspr. S. 126, RG. 3. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 130 S. 438, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 152, Mot. z. Entw. e. BGB. III S. 324 Nr. 2.] Die Gefährdung muß die privatrechtliche Stellung des Klägers betreffen. Dies folgt nicht daraus, daß sich die Feststellungsklage bloß auf Rechtsverhältnisse bezieht, die Gegenstand der Entscheidung der ordentlichen Gerichte sind, denn solche Rechtsverhältnisse können auch für publizistische, z. B. für strafrechtliche, Verhältnisse einen Ausschlag geben; wohl aber daraus, daß die Feststellungsklage, wie jede Klage des Civilprozesses, im Dienste des Privatrechts steht. [Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 55 ff., Weismann Feststellungskl. S. 155, Wach Feststellungsanspr. S. 54 ff. u. Handb. I S. 619 Ziff. 4, Gaupp I S. 448. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 5, Hellmann Komm. II S. 14 und Lehrb. S. 379 f. sowie RG. 22. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 95 S. 390. Dieses Urteil hat richtig entschieden, indem es die Feststellungsklage zuließ, denn die in den vorausgegangenen Strafanträgen gelegene Bestreitung des von den Klägern behaupteten Privatrechtsverhält-

Digitized by Google

nisses konnte als eine Gefährdung der Privatrechtslage der Kläger betrachtet werden; aber die Begründung dürfte nicht richtig sein.] Ist die private Rechtsstellung des Klägers durch den Beklagten gefährdet, so ist die Feststellungsklage allerdings nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger bei der Erhebung der Klage auf Feststellung nicht bloß die Sicherung seiner Privatrechtslage, sondern daneben noch andere Zwecke, z. B. als Beschädigter einen Strafantrag zu stellen oder eine strafrechtliche Verfolgung abzuwehren, ins Auge faßt. — Der Kläger muß ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung haben, d. h. die Gefährdung der Rechtslage Klägers durch das Verhalten des Beklagten muß eine derartige sein, daß das Bedürfnis nach einer Feststellung durch richterliche Entscheidung zur Zeit der Urteilsfällung vorhanden ist. Unter der Voraussetzung der Gefährdung ist das Interesse an der alsbaldigen Feststellung gegeben, wenn der Kläger keine Leistungsklage gegen den Beklagten erheben kann, weil er keinen Anspruch gegen den Beklagten hat; z. B. bei dinglichen Verhältnissen, wenn der Beklagte das Recht des Klägers bestritten, aber noch nicht gestört hat, vgl. bei bedingten oder befristeten Rechten vor Eintritt der Bedingung oder vor Fristablauf und bei familienrechtlichen Verhältnissen. Kann der Kläger auf Grund des Rechtsverhältnisses eine Leistungsklage erheben, so ist gleichwohl ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses denkbar und, wenn dies der Fall ist, dann ist die Feststellungsklage allein oder in Verbindung mit der Leistungsklage zulässig. Aber die Veranlassung zu der Feststellungsklage kann nicht schon daraus entnommen werden, daß der Beklagte den Anspruch nicht befriedigt hat, sondern es müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen sich die Gefährdung der Rechtslage des Klägers und folglich ein spezielles Interesse an der Erlangung eines Feststellungsurteils — im Gegensatze zu einem kondemnatorischen Urteile — ergiebt. Hiernach hängt zwar die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht davon ab, daß der Kläger gegen den Beklagten keine Klage auf Leistung erheben kann; aber es steht auch nicht im Belieben des zur Leistungsklage Berechtigten, sich auf die Feststellungsklage zu beschränken und die Entscheidung über den Anspruch einem weiteren Prozesse vorzubehalten. [Vgl. hierzu Wach Feststellungsanspr. S. 39 f., 61 ff., Gaupp I S. 449, Planck II S. 18. Abw. Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 578 f.] Speziell über die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht vorbehaltlich der Liquidation s. Bem. Nr. 5 Ziff. V zu § 230 S. 303.

Entscheidungen: Die Kl. eines Handelsgesellschafters gegen den anderen auf Feststellung streitiger Forderungsrechte nach Auflösung der Gesellschaft vor Beendigung der Liquidation wurde wegen Mangels des rechtl. Int. an alsb. Feststt. abgewiesen: ROHG. SA. XXXV Nr. 149. — Die Kl. der Ehefrau, deren Vermögen sich in gesetzlicher Verwaltung des Mannes befindet, auf Feststt. ihres Eigentumsrechts gegen denjenigen, an den der Ehemann rechtswidrig veräußerte, wurde zugelassen: RG. 15. März 1881 Entsch. IV Nr. 103 S. 374. — Die Kl. des Gläubigers der Ehefrau gegen den Ehemann auf Feststt. seiner Verpflichtung, die Vollstreckung in das Vermögen seiner Ehefrau zu dulden, wurde wegen Mangels des Int. an alsb. Feststt. abgewiesen, weil der Ehemann der Vollstreckung noch nicht widersprochen hatte: RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 123 S. 397. — Die Kl. e. Genossenschaft gegen ausgeschiedene Genossen auf Feststt. der eventuellen Verpflichtung, zum Umlagenverfahren beizutragen, wurde wegen Mangels des Int. an alsb. Feststt. abgewiesen: RG. 9. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 18 S. 74. — Das Int. an alsb. Feststt. einer Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Körperverletzung ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte zur Zeit wegen jugendlichen Alters noch nicht erwerbsfähig ist: RG. 28. Okt. 1885 Entsch. XIII Nr. 98 S. 372. — Zugelassen wurde die Klage eines Armenverbandes auf Feststellung, daß der Beklagte Unterstützungen, die der Verband jetzt und künftig an

Digitized by Google

einen Dritten zu leisten hat, zu ersetzen habe: RG. 8. Jan. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1190. — Die Kl. gegen den Fiskus auf Feststellung der bestrittenen Kirchenbaupflicht wurde zugelassen, obwohl sich der Fiskus zur Leistung eines Beitrags für den einzelnen Fall bereit erklärte: bay. ob. LG. SA. XXVIII Nr. 298. — Die Kl. auf Feststellung der vom Bekl. bestrittenen Befugnis zur Kündigung eines Mietsverhältnisses in einem zukünftigen Zeitpunkte wurde zugelassen: OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 185. — Insbesondere das Verhältnis der Feststellungs- zur Leistungsklage betreffen die UU. d. RG. Entsch. IV Nr. 130 S. 437, V Nr. 111 S. 392, XII Nr. 34 S. 147, XIII Nr. 123 S. 437, verein. SS. XX Nr. 75 S. 382 ff., XXX Nr. 34 S. 133, in Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 418, XXX S. 957, XXXII S. 1178, XXXIII S. 1148, 1151, XXXVIII S. 1210, 1154 ff. und die UU. d. bay. ob. LG. in Bl. f. RA. LIII S. 64, LIX S. 399. In den UU. des RG. z. B. Entsch. XIII S. 438, Beitr. XXIV S. 418 tritt mehrfach die Ansicht hervor, daß der Kläger, dem die Leistungsklage zustehe, keine Feststellungsklage erheben dürfe, weil der Beklagte ein Recht darauf habe, daß die Sache einheitlich entschieden werde. Dagegen Wach Feststellungsanspr. S. 62 ff.

e) Das Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses ist Voraussetzung des Rechts, eine Feststellungsklage zu erheben. Es ist keine Prozeßvoraussetzung in dem Sinne eines prozeßrechtlichen Erfordernisses gültiger Klagerhebung (wie in früheren Aufl. dieses Komm. angenommen wurde), sondern eine Voraussetzung der Berechtigung, die Feststellungsklage zu erheben, und gehört also zum Klagegrunde. [Vgl. Weismann Hauptintervent. S. 85 N. 6, Stein Urk.Proz. S. 65 ff., Kohler Ztschr f. Pr. u. ö. R. XIV S. 38, Prozeß als RV. S. 37 Note und Forschungen S. 65, Wach Feststellungsanspr. S. 24 f., Gaupp I S. 450.] Ob das Interesse an der alsbaldigen Feststellung vorhanden ist, ist von Amtswegen zu prüfen. Diese Prüfung kann nicht dadurch abgeschnitten werden, daß der Beklagte die Feststellung bewilligt. [Vgl. Wach I S. 21 N. 18 g. E., RG. 25. Jan. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1176, 17. Nov. 1888 SA. XLIV Nr. 141.] Das in Bem. Nr. 1 cit. kurhess. Ges. und die bad. PrO. ließen bei Einwilligung des Beklagten die Feststellungsklage ohne jene Voraussetzung zu. Dessen wird in den Motiven zum Entw. III S. 184 mit der Bemerkung gedacht, daß dazu kein Bedürfnis bestehe. [AM. Gaupp I S. 455 N. 73.] Der Kläger hat das Interesse darzulegen und die Thatsachen, woraus er das Interesse herleitet, nötigenfalls zu beweisen. Ist nach Ansicht des Gerichts ein Interesse an alsbaldiger Feststellung nicht vorhanden, so ist die Klage abzuweisen. Über die Tragweite dieses Urteils s. u. Bem. Nr. 10 litt. a.

4. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. (Negative Feststellungsklage.)

a) Rechtsverhältnis bedeutet hier dasselbe, wie bei der positiven Feststellungsklage. Vgl. darüber Bem. Nr. 3 litt. a. Die Klage enthält die Verneinung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Verneinen kann man aber nur nach vorausgegangener Behauptung. Es muß also der Klage die Behauptung des Beklagten vorausgehen, daß das Rechtsverhältnis, das der Kläger verneint, bestehe. Die Behauptung braucht keine ausdrückliche zu sein, sie kann sich aus konkludenten Handlungen ergeben. Die Verneinung kann sich auf einen Teil des behaupteten Rechtsverhältnisses beziehen, z. B. der Beklagte behauptete, daß ihm ein Forderungsrecht auf 2000 ℳ zustehe, der Kläger verneint, mehr als 1000 ℳ zu schulden, oder auf einzelne Modalitäten des Rechtsverhältnisses, z. B. auf die vom Beklagten behauptete Dauer eines Pachtverhältnisses. — Das verneinte Rechtsverhältnis muß Beziehung einerseits auf den Kläger andererseits auf den Beklagten haben

Digitized by Google

[vgl. RG. 6. Apr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 409]. A kann keine Klage gegen B erheben, wenn B behauptete, daß A dem X 1000 ℳ schuldig sei.

b) Die negative Feststellungsklage erfordert ein rechtliches Interesse des Klägers daran, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Über den Begriff des rechtlichen Interesses an der alsb. Feststellung vgl. Bem. Nr. 3 litt. c. Hier wie bei der positiven Feststellungsklage ist die Gefährdung der privatrechtlichen Stellung des Klägers durch das Verhalten des Beklagten erforderlich. Nicht jede Berühmung seitens des Beklagten gefährdet den Kläger in seiner Rechtslage. Ob die Berühmung ihn gefährdet, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. [Vgl. Gaupp I S. 451, RG. 27. Sept. 1883 Entsch. X Nr. 114 S. 369, OLG. Nürnberg Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 65, OLG. Cassel SA. XLVIII Nr. 242.]

Entscheidungen: Die Klage auf Feststf., daß der Kläger nicht Mitglied der beklagten, in Konkurs geratenen Genossenschaft sei, wurde zugelassen: RG. 26. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 2 S. 4, 22. Dez. 1883 XIV N. 23 S. 90. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der reichsgesetzlichen Stempelpflicht: RG. 24. Febr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 6 S. 31. — Ein in Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 385 f. von Rocholl krit. U. d. RG. gestattet die Klage auf Feststellung, daß der Beklagte als Besitzer eines Etablissements nicht berechtigt sei, bei etwaiger Beschädigung durch den vom Kläger betriebenen Bergbau eine Entschädigung zu verlangen. Das U. ist nicht zu billigen, ein Interesse an Feststellung des Nichtbestehens einer bloß hypothetischen Berechtigung genügt nicht.

d) Das Vorhandensein des Interesses an der alsbaldigen Feststellung gehört zum Klagegrunde. Bem. Nr. 3 litt. d gilt auch für die negative Feststellungsklage.

e) Ist das rechtliche Interesse vorhanden, so wird der Beklagte durch die negative Feststellungsklage genötigt, das behauptete Rechtsverhältnis thatsächlich zu begründen und seine Behauptungen, soweit sie bestritten werden, zu beweisen, wenn er der Feststellung, daß das Rechtsverhältnis nicht bestehe, entgehen will. Es ist nicht Sache des Klägers das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses zu beweisen. Die Beweislast bestimmt sich nicht nach der Parteirolle, sondern nach der materiellen Rechtslage. Bestreitet der Kläger die Entstehung des Rechtsverhältnisses, so muß der Beklagte sie beweisen. Verneint der Kläger die Wirkung des Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirkung ausschließender Thatsachen, z. B. wegen Mangels der Geschäftsfähigkeit, wegen Irrtums, Betrugs oder Bedrohung, so muß er diese Thatsachen beweisen. Behauptet der Kläger die Aufhebung oder die Hemmung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses, so hat er die betreffenden Thatsachen zu beweisen. [Vgl. Mot. S. 185, Struckm. Koch N. 8, Wilm. Levy N. 4, Petersen (2) S. 387, Degenkolb a. a. O. S. 328, Weismann Feststf.Kl. S. 104, Dernburg pr. PrR. I § 125 a. E., Planck II S. 20, RG. 13. Apr. 1883 Entsch. IX Nr. 98 S. 340 ff., 22. Dez. 1883 XIV Nr. 23 S. 91 f. Dieses U. sucht einer prinzipiellen Entscheidung auszuweichen, entscheidet aber im Sinne der vorgetr. Ansicht; vgl. a. Entsch. VIII N. 2 S. 5 und Rocholl a. a. O. 369. — Daß der Kläger stets die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses erweisen müsse, nehmen an: Gaupp I S. 452, Wendt Arch. f. c. Pr. LXX S. 1 ff., sowie das RG. 15. Juni 1881 SA. XXXVII Nr. 2 und Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 839, beiläufig auch Entsch. VII S. 375 Z. 5 v. u.] — Die negative Feststf.Kl. ersetzt die im gem. Prozesse ausgebildete provocatio ex lege Diffamari. [Über diese provocatio vgl. Bayer summ. Prozesse §§ 52 ff.] Die negative Feststf.Kl. führt nicht, wie die Provokationsklage, zu einer gerichtlichen Aufforderung an den Beklagten, bei Vermeidung der poena perpetui silentii binnen bestimmter Frist Klage gegen den Provokanten zu erheben, aber sie führt, wenn das Interesse an der Feststellung vorliegt, ohne daß es einer förmlichen Klage des Beklagten

Digitized by Google

bedarf, in einen Prozeß hinein, worin der Beklagte sein materielles Recht durch thatsächliche Behauptungen begründen und beweisen muß, wie ein Kläger. Wie im Provokationsprozesse dem Beklagten die Auflage des perpetuum silentium gemacht ward, wenn er nicht klagte, so wird im negativen Feststellungsprozesse das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt, wenn der Beklagte sein Recht nicht behauptet und beweist. Die Auflage des perpetuum silentium und die Feststellung des Nichtbestehens des Rechts des Beklagten laufen trotz der äußerlichen Verschiedenheit der Urteilsformel in der Wirkung auf dasselbe hinaus. [Vgl. OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 100.]

Die Motive S. 183 behaupten, daß die negative Feststellungsklage auch die provocatio ex lege Si contendat ersetze. Dies trifft nicht zu. Der Zweck der prov. ex l. Si cont. ist die Sicherung eines materiellrechtlichen Verteidigungsmittels, von dem zu besorgen ist, daß es bei Verzögerung der Klage durch Veränderung der Umstände verloren gehe [vgl. Bayer summ. Proz. § 58]. Der Hauptfall ist die Sicherung der Teilungseinrede, die dem Mitbürgen gegen die Klage auf das Ganze zusteht, solange die übrigen Mitbürgen solvent sind. Wie jener Zweck durch eine Feststellungsklage zu erreichen wäre, ist nicht abzusehen. Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses kann in solchen Fällen nicht festgestellt werden; das Begründetsein einer Einrede der angegebenen Art auch nicht. Muß hiernach die Ansicht der Motive als nicht zutreffend betrachtet werden, so ist gleichwohl anzunehmen, daß eine provocatio ad agendum auf Grund der gemeinrechtlichen Regeln über die prov. ex l. Si contendat unter der Herrschaft der CPrO. nicht mehr zulässig ist. Zwar folgt dies nicht aus dem Nichtvorhandensein einer besonderen Prozeßart, wohl aber daraus, daß die CPrO. die diesem Provokationsprozesse eigentümlichen Entscheidungen nicht kennt; denn in der PrO. ist weder ein Urteil vorgesehen, das dem Beklagten eine Frist zur Klagestellung unter dem der provocatio ex lege Si contendat eigentümlichen Präjudiz [s. Bayer a. a. O. S. 158] vorsetzte, noch ein Urteil, wodurch dieses Präjudiz gegen den säumigen Provokaten verwirklicht werden könnte. Auch hat sich das Institut der Provokationen als eine prozessualische Einrichtung entwickelt, die durch Nichtaufnahme in das Prozeßgesetz beseitigt ist. [Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 206 ff., Wendt a. a. O. S. 30 ff., Mandry d. civilr. Inhalt ꝛc. (3) S. 267 f., Dernburg Pand. II § 81 N. 10, Gaupp I S. 453. AM. Planck II S. 16 N. 50.]

5. Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde.

a) Im Gesetze ist von Klage auf Anerkennung einer Urkunde die Rede. Aber nicht Anerkennung im Sinne einer Erklärung des Beklagten sondern Feststellung der Echtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung ist das Ziel der Klage. Die Echtheit einer Urkunde (ebenso die Unechtheit) ist eine Thatsache, kein Rechtsverhältnis. Über den Begriff „Echtheit" s. Bem. Nr. 1 zu § 402. Der Begriff umfaßt auch die Unverfälschtheit der Urkunde. Die Klagen auf richterliche Feststellung der Echtheit oder der Unechtheit sind die einzigen Klagen, wodurch eine rechtskräftige Entscheidung über Thatsachen erreichbar ist. Urkunden sind Beweismittel. Die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde verfolgt daher einen ähnlichen Zweck, wie der Antrag auf Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis, nämlich Sicherung eines Beweismittels für den Fall künftigen prozessualischen Bedürfnisses. Die Sicherung wird aber mit der Klage auf Echtheitsfeststellung vollkommener erreicht, als bei der Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis, insofern das Ergebnis des Verfahrens über die Echtheit der Urkunde durch ein der Rechtskraft unter den Parteien fähiges Urteil ausgesprochen wird, während bei der Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnis eine solche Feststellung nicht erfolgt. Das Verfahren bezieht sich auf öffentliche und auf Privaturkunden. Urkunde ist jedes Schriftstück, das geeignet ist, als Beweismittel zu

Digitized by Google

dienen. Da auch diese Feststellungsklage im Dienste des Privatrechts steht, so muß die Urkunde direkt oder indirekt für Privatrechtsverhältnisse beweisend sein. Es bleibt sich gleich, ob die Urkunde nach gesetzlicher Beweisregel vollen Beweis liefert oder ob deren Beweiskraft der freien richterlichen Würdigung unterliegt. Die Klage muß sich auf eine bestimmte, vom Kläger zu bezeichnende Urkunde beziehen. Der Kläger muß die Urkunde bei dem Gerichte produzieren oder deren Produktion durch den Beklagten oder den dritten Besitzer erwirken. Das Editionsverfahren gegen den Beklagten nach den Regeln der §§ 389—392 ist innerhalb des Feststellungsprozesses nicht anwendbar, weil das auf Nichtvorlage der Urkunde und Weigerung des Editionseides in § 392 gesetzte Präjudiz nicht paßt. Ist der Kläger berechtigt, vom Beklagten die Edition zu verlangen, was nach den Regeln des § 387 zu bemessen ist, so muß er in besonderem Prozesse darauf klagen und die Edition eventuell nach § 769 erzwingen. [Vgl. Gaupp I S. 454 f.]

b) Voraussetzung des Klagerechts ist ein Interesse des Klägers an der alsbaldigen richterlichen Feststellung der Echtheit der Urkunde. Von diesem Interesse gilt im allgemeinen das in Bem. Nr. 3 litt. c, d Gesagte. Die Urkunde muß für ein Privatrechtsverhältnis des Klägers zum Beklagten bedeutsam sein. Nicht erforderlich ist, daß der Beklagte der Aussteller der Urkunde sei. Da die Urkunde Beweismittel für eine andere Thatsache ist, so kommt bei Würdigung der Frage, ob das Interesse vorhanden sei, auch die Frage, ob der Beweis dieser anderen Thatsache gefährdet sei, in Betracht. Das Vorhandensein des Interesses ist von Amtswegen zu prüfen und vom Kläger darzuthun. Der Mangel führt zur Zurückweisung der Klage ohne Urteil über die Echtheit der Urkunde.

c) Ist die besprochene Voraussetzung vorhanden, so führt die Feststellungsklage zu einem selbständigen Rechtsstreite über die Echtheit der Urkunde. Der Kläger hat die Echtheit zu erweisen, wenn nicht die Vermutung der Echtheit (§ 402) eingreift. [Abw. auch hier Wendt a. a. O. S. 18 f. und Gaupp I S. 454 bei N. 68.] Streitgegenstand ist die Echtheit. Widerklage auf Unechtheitserklärung ist nicht möglich.

6. Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde.

a) Bem. Nr. 5 litt. a findet entsprechende Anwendung. Insbesondere ist es auch hier Sache des Klägers, die Vorlegung der betreffenden Urkunde zu erwirken und, wenn sie sich im Besitze des Beklagten oder eines Dritten befindet, in gesondertem Prozesse die Produktion zu erzwingen. Da die Klage eine Negation enthält, so ist, wie bei der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (s. o. Bem. Nr. 4 litt. a), vorangegangene Position, also die Behauptung der Echtheit seitens des Beklagten, nötig.

b) Bem. Nr. 5 litt. b findet entsprechende Anwendung.

c) Auch diese Klage führt bei Vorhandensein der Voraussetzungen zu einem selbständigen Prozesse über die Echtheit der Urkunde. Gleichwie bei der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses die Beweislast durch die Parteistellung nicht berührt wird (s. Bem. Nr. 4 litt. c), so muß hier der Beklagte die Echtheit der Urkunde beweisen, soweit ihm nicht die Vermutung der Echtheit (§ 402) zur Seite steht.

7. Die sachliche Zuständigkeit für die Feststellungsklagen richtet sich nach GVG. §§ 23, 59, 70, 100—108. Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen und die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden gehört also stets vor die Landgerichte, wenn das Rechtsverhältnis, das Gegenstand des Prozesses ist oder auf dessen Beweis sich die Urkunde bezieht, kein vermögensrechtliches ist. [Gaupp I S. 455 nimmt irrtümlich an, daß der Prozeß über die Echtheit einer Urkunde stets ein vermögensrechtlicher sei.] Insoweit die Zuständigkeit von dem Werte

Digitized by Google

des Streitgegenstandes abhängt, ist bei den auf Rechtsverhältnisse bezüglichen Feststellungsklagen der Wert des Rechtsverhältnisses — des Eigentums, der Servitut, der Obligation [über Berechnung des Wertes einer Bürgschaft s. RG. 20. Dez. 1889 Entsch. XXV Nr. 83 S. 366], des Erbrechts ꝛc. ꝛc., bei Klagen auf Echtheit oder Unechtheit von Urkunden der Wert des zu erweisenden oder zu widerlegenden Rechtsverhältnisses oder Anspruchs maßgebend, nicht die Schätzung des Interesses an der Feststellung. So gehört z. B. der Streit über die Echtheit eines auf 301 *M.* lautenden Schuldscheins vor das Landgericht. Vor die Kammern für Handelssachen gehören Feststellungsklagen, wenn für die betreffenden Rechtsverhältnisse die Voraussetzungen des GVG. § 101 gegeben sind. Daher gehört z. B. die Klage gegen einen Kaufmann auf Feststellung einer aus einem zweiseitigen Handesgeschäfte hervorgegangenen befristeten Obligation, ebenso die Klage auf Feststellung der Echtheit einer 300 *M.* übersteigenden Wechselurkunde vor die Kammern für Handelssachen.

8. Der Gerichtsstand für Feststellungsklagen.

a) Positive Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse. Zuständig ist das Gericht, bei dem auf Grund des betreffenden Rechtsverhältnisses geklagt werden kann (vgl. § 29). Für die Klage auf Feststellung des Eigentums, einer dinglichen Belastung und des Besitzes an unbeweglichen Sachen folgt aus § 25 die ausschließliche Zuständigkeit des forum rei sitae. Im übrigen kann die Klage nach Wahl des Klägers entweder in dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten (§§ 13—20) oder, sofern das betreffende Rechtsverhältnis den Voraussetzungen der §§ 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 entspricht, in den besonderen Gerichtsständen der genannten Paragraphen erhoben werden. Die Feststellungsklage muß auch den ausschließlichen Gerichtsständen für Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 568, 594, 606, 617, 621, 624) folgen.

b) Negative Feststellungsklagen in Bezug auf Rechtsverhältnisse. Die Klage kann im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten erhoben werden. Ist für das betreffende Rechtsverhältnis ein besonderer Gerichtsstand begründet, z. B. für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines behaupteten Erbrechts der Gerichtsstand des § 28, für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vertrags der Gerichtsstand des § 29, für die Klage auf Nichtbestehen einer deliktischen Haftung der Gerichtsstand des § 32 [OLG. Hamburg SA. XLIX Nr. 119], so kann die Klage auch in diesem besonderen Gerichtsstande erhoben werden. Ist für die Klage aus dem Rechtsverhältnisse ein besonderer ausschließlicher Gerichtsstand begründet, wie für die Klagen aus Eigentum oder dinglichen Rechten von Immobilien, so kann die negative Feststellungsklage nur in diesem Gerichtsstande erhoben werden. In den Motiven S. 185 ist gesagt:

> „Wenn nun aber hiernach der Anspruch auf Feststellung als ein aus dem Rechtsverhältnisse selbst originierender Anspruch aufzufassen ist, so ergiebt sich ohne weiteres, daß für die Klage auf Feststellung dasjenige Gericht zuständig sein muß, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden kann — und dieselbe Kompetenz ist für die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begründet."

Diese Äußerung bezieht sich auch auf die negativen Feststellungsklagen und kann in dem Sinne gemeint sein, daß die negative Feststellungsklage, wie einst die provocatio ex lege Diff., bei dem Gerichte erhoben werden müsse, das für die Klage aus jenem Rechtsverhältnisse gegen den Feststellungskläger zuständig wäre. Es ist zweifelhaft, ob bei den Verfassern der Motive diese Ansicht obwaltete; denn jene Äußerung läßt die engere Auslegung zu, daß nur die einschlagenden besonderen Gerichtsstände gemeint seien. Jedenfalls greift in Ermangelung gegenteiliger Gesetzesvorschrift die Regel des § 12 ein, wonach das Gericht, bei dem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, für alle Klagen

Digitized by Google

zuständig ist, sofern nicht ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Wenn der Kläger den Beklagten vor seinen (des Klägers) allgemeinen Gerichtsstand ziehen könnte, so würde der Beklagte des Vorteils verlustig, der ihm durch die Regel „actor sequitur forum rei" eingeräumt ist. Daß die gemeinrechtlichen Provokationsklagen bei dem Gerichte, das für die provozierte Klage zuständig ist, zu erheben waren, kann nicht gegen diese Ansicht eingewendet werden; denn die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses enthält formell keine provocatio ad agendum. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 7, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 456, Petersen (2) S. 386, Hellmann Komm. II S. 17, Endemann II S. 16, OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 119. AM. v. Bülow N. 2.]

c) Auf die Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde finden die vorstehenden Bemerkungen mit der Maßgabe Anwendung, daß die besonderen Gerichtsstände hier keine Anwendung finden. Dies folgt daraus, daß diese Gerichtsstände nur für Prozesse über Ansprüche und Rechtsverhältnisse gelten, während im Prozesse über die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde nur über eine Thatsache entschieden wird. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 456.]

9. Über die prozessualischen Wirkungen der zufolge einer Feststellungsklage eintretenden Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 3 Ziff. I zu § 235.

10. Wirkung der Urteile: a) Wird eine Feststellungsklage wegen Mangels des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung als unzulässig zurückgewiesen, so ist das Urteil materieller Rechtskraft in Bezug auf den Streitgegenstand überhaupt nicht fähig. Einer zweiten Feststellungsklage, die dasselbe Rechtsverhältnis oder dieselbe Urkunde betrifft, kann die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengesetzt werden. Nur darüber, daß die behauptete Veranlassung zur Feststellungsklage nicht vorlag, ist rechtskräftig entschieden. [Vgl. Kohler Ztschr. f. CPr. u. d. R. XIV S. 38 und Prozeß als RV. S. 12, Gaupp I S. 457.]

b) Wird dem Antrage der positiven Feststellungsklage gemäß das Bestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt, so ist mit Eintritt der formellen Rechtskraft bezüglich dieses Rechtsverhältnisses res iudicata vorhanden. Jedem Versuche, das Rechtsverhältnis aufs neue zu bestreiten, kann die exc. rei iud. entgegengesetzt werden. Über das Vorhandensein von Ansprüchen, die sich aus dem Rechtsverhältnisse ergeben können, ist nicht entschieden. Die Bestreitung der Ansprüche kann daher nicht durch exc. rei iud. abgeschnitten werden. Wird aber zur Bestreitung der Ansprüche der Bestand des Rechtsverhältnisses angerührt, so tritt die exc. rei iud. wieder hervor. — Das reine, das Bestehen eines Rechtsverhältnisses bejahende Feststellungsurteil kann nicht Vollstreckungstitel sein; denn es entscheidet nicht über Ansprüche, während die Vollstreckung sich nur auf Ansprüche beziehen kann. [Vgl. Rocholl a. a. O. S. 335, Wach Handb. I S. 18 N. 14 g. E., Gaupp I S. 457, Kohler Pr. als RV. 36 Note und Forschungen S. 64.] Ein Urteil, das den Beklagten zu einer zukünftigen oder bedingten Leistung verurteilt, ist kein Feststellungsurteil. Ob ein solches Urteil möglich ist, ist aus dem Civilrechte zu beurteilen; vgl. o. Bem. Nr. 2 Abs. 2. — Über den Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 240.

c) In dem Urteile, das die positive Feststellungsklage nicht wegen Mangels des Interesses, sondern als sachlich unbegründet, d. i. wegen Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses, abweist, liegt eine der materiellen Rechtskraft fähige Negation des Bestehens des Rechtsverhältnisses [vgl. Weismann Fest.Kl. S. 122, Dernburg preuß. PrR. I § 137 N. 11, Bähr Urteile des RG. S. 164, Gaupp I S. 457, RG. 25. Jan. 1892 Sächs. Arch. II S. 502]. Es ist zulässig, aber nicht notwendig, daß die Negation im Urteilstenor neben

Digitized by Google

der Klagabweisung ausgesprochen wird. Jedem Versuche, das Bestehen des Rechtsverhältnisses prozessualisch wieder geltend zu machen, steht die exc. rei iud. entgegen. Ansprüche, die sich nur ergeben könnten, wenn das negierte Rechtsverhältnis bestände, sind gleichfalls aberkannt.

d) Wird dem Antrage einer negativen Feststellungsklage gemäß das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt, so liegt die Sache gerade so, wie im Falle des Urteils ad litt. c.

e) In dem Urteile, das die negative Feststellungsklage nicht wegen Mangels des Interesses, sondern als sachlich unbegründet abweist, liegt die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses. [Vgl. Weismann, Feststl.Kl. S. 122, Hauptintery. S. 62 N. 5, Bähr Urteile S. 164, R. Schmidt Klagänderung S. 196 N. 4, RG. 4. Jan. 1892 Entsch. XXIX Nr. 90 S. 245. AM. Gaupp I S. 457 N. 83, RG. 11. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 119 S. 386; vgl. a. Degenkolb a. a. O. S. 228.] Die positive Feststellung ist im Urteilstenor neben der Klagabweisung auszusprechen [vgl. bay. ob. LG. SA. XLIII Nr. 240]. Das Urteil hat dieselbe Rechtskraftwirkung wie das ad litt. b besprochene. Hat der Beklagte einen Anspruch, d. i. das Recht, eine Leistung von dem Gegner zu verlangen, geltend gemacht, so liegt eine Widerklage vor, worüber im Urteilstenor zu erkennen ist.

f) Die ad litt. b—e entwickelten Regeln finden auf die Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden entsprechende Anwendung. Das Urteil hat materielle Rechtskraft bezüglich der Thatsache der Echtheit oder Unechtheit. In dem Urteile zur Sache, das die Klage auf Feststellung der Echtheit abweist, liegt die rechtskräftige Feststellung der Unechtheit; in dem Urteile zur Sache, das die Klage auf Feststellung der Unechtheit abweist, liegt die rechtskräftige Feststellung der Echtheit.

11. Über die Kosten des Feststellungsprozesses ist nach allgemeinen Regeln zu erkennen. Im Kostenpunkte ist das im Feststellungsprozesse ergehende Urteil kondemnatorisches Urteil, daher auch Vollstreckungstitel.

12. Verjährung der Feststellungsklagen. Ist die sog. Klagenverjährung eine Verjährung der Ansprüche, wie von der herrschenden Lehre angenommen wird, so berührt sie die Feststellungsklage überhaupt nicht; denn diese Berechtigung ist kein materiellrechtlicher Anspruch [vgl. Th. Kayser Arch. f. c. Pr. LXX S. 458 ff., Wach Feststl.Anspr. S. 30, Mot. z. E. e. BGB. I S. 295]. Wäre die Klagenverjährung als Verjährung des publizistischen Klagerechts zu betrachten, so würde sie allerdings auch die Feststellungsklagen erfassen. — Die Erhebung der Feststellungsklage unterbricht die Verjährung der Ansprüche nicht. Wenn im Entw. I e. BGB. § 170, Entw. II § 175 bestimmt ist, daß die Klage auf Feststellung des Anspruchs die Verjährung unterbreche, so kann nur die Klage auf Verurteilung zu einer befristeten oder bedingten Leistung gemeint und als Feststellungsklage bezeichnet sein.

§ 232.

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

Mot. S. 185, 186. KPr. S. 59, 530.

1. § 232 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten in einer Klage verbunden werden können. Unter Anspruch ist

Digitized by Google

hier nicht bloß das Recht auf Leistung, sondern auch das Recht auf ein Urteil zu verstehen, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder geändert werden (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). Die Verbindung mehrerer Ansprüche eines Klägers gegen denselben Beklagten bezeichnet man als objektive Klagenhäufung im Gegensatze zu der subjektiven Klagenhäufung, wovon die §§ 56—59 handeln.

Die Verbindung mehrerer Ansprüche zu einer formell einheitlichen Klage steht, auch wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen, in des Klägers Belieben (Ausnahme in Ehesachen: § 576). Sie führt vorbehaltlich der Zerlegung (§ 136) zu einem einheitlichen Verfahren. Auch das Gericht kann nach § 138 die Verbindung mehrerer Prozesse zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung herbeiführen. Aber die Verbindung mehrerer Prozesse durch gerichtliche Anordnung hat nicht durchweg die gleichen Wirkungen, wie die vom Kläger herbeigeführte Verbindung. Bei dieser werden die Ansprüche zum Zwecke der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit zusammengerechnet (§ 5), bei jener nicht. Bei dieser ist das Urteil über einen Anspruch Teilurteil und steht daher dessen Erlassung im Ermessen des Gerichts (§ 273), während bei jener im Falle der Urteilsreife eines der verbundenen Prozesse das Endurteil erlassen werden muß (§ 272 Abs. 2).

2. Allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage sind: I. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts für sämtliche Ansprüche. Die gemeinsame Zuständigkeit kann auch durch gerichtliche Bestimmung nach § 36 Nr. 2—4 oder durch Vereinbarung (§ 38) oder durch Präklusion (§ 39) hergestellt werden. Im einzelnen ergeben sich aus GVG. § 23, 70 und CPrO. § 5 folgende Sätze: a) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne vor das Landgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. b) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne nach GVG. § 23 Nr. 1 vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden, und zwar ist für die Klage, wenn die Zusammenrechnung des Wertes der Streitgegenstände die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt, das Amtsgericht, in dem andern Falle aber das Landgericht zuständig. c) Mehrere Ansprüche, von denen wegen des Wertes des Streitgegenstandes einer vor das Landgericht, der andere vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. Für die Klage ist das Landgericht zuständig. d) Mehrere Ansprüche, von denen jeder einzelne nach GVG. § 23 Nr. 2 vor das Amtsgericht gehört, können in einer Klage verbunden werden. Für die Klage bleibt ohne Rücksicht auf den Wert der Streitgegenstände das Amtsgericht zuständig. e) Mit einem Anspruche, der dem Werte des Streitgegenstandes nach vor das Landgericht gehört, kann ein Anspruch, der nach GVG. § 23 Nr. 2 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Amtsgericht gehört, nicht in einer Klage verbunden werden. f) Mit einem Anspruche, der als nicht vermögensrechtlicher oder nach GVG. § 70 Abs. 2 oder 3 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Landgericht gehört, kann ein Anspruch, der nach GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 vor das Amtsgericht gehört, nicht verbunden werden. g) Zwei Ansprüche, von denen der Art nach der eine zur Kammer für Handelssachen, der andere vor die Civilkammer gehört, können in einer Klage verbunden, die Klage kann nach Belieben des Klägers vor der einen oder der anderen Kammer zur Verhandlung gebracht werden. Wird die Klage vor der Kammer f. HS. zur Verhandlung gebracht, so kann der Rechtsstreit über den Anspruch, der nicht vor diese Kammer gehört, nach GVG. § 103 an die Civilkammer verwiesen werden. Wird die Klage vor der Civilkammer zur Verh. gebracht, so kann der Rechtsstreit über den Anspruch, der vor die Kammer f. HS. gehört, nach GVG. § 104 an diese Kammer verwiesen werden. Im einen wie im anderen Falle wird durch die in der Verweisung gelegene

Digitized by Google

Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen die Gültigkeit der Klage und die Zuständigkeit des Landgerichts nicht berührt, mag diese auch erst durch die Verbindung entstanden sein. Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 5 und Bem. Nr. 5 litt. a zu § 136. II. Gleiche Prozeßart. Es kann keine Klage im ordentlichen Prozesse mit einer Klage im Urkundenprozesse oder mit einer Klage in Ehesachen verbunden werden. Ebenso wenig kann mit einer Klage ein Gesuch um Zahlungsbefehl oder ein Gesuch um Arrest oder einstweilige Verfügung in einem Schriftsatze verbunden werden. Im Urkundenprozesse können nur Ansprüche, die sich zum Urkundenprozesse, im Wechselprozesse nur Ansprüche, die sich zum Wechselprozesse eignen, zu einer Klage verbunden werden. Besondere Bestimmungen über die Klagenverbindung in Ehesachen s. §§ 578, 587, im Entmündigungsverfahren: §§ 608, 620, 621, 626. Diese besonderen Bestimmungen sind Folgerungen aus dem in § 232 aufgestellten Erfordernisse gleicher Prozeßart. Im Mahnverfahren können mehrere Ansprüche, die sich für dieses Verfahren eignen, in einem Gesuche um Zahlungsbefehl verbunden werden; das ergiebt sich nicht direkt aus § 232, weil das Gesuch keine Klage ist, aber aus dessen entsprechender Anwendung. Auch die formelle Verbindung mehrerer Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung gegen denselben Schuldner ist unter der Voraussetzung der Zuständigkeit desselben Gerichts aus der entsprechenden Anwendung des § 232 zu folgern. — Mit einer Wiederaufnahmeklage (§ 549) kann keine andere Klage verbunden werden. Zwar ist das Wiederaufnahmeverfahren keine besondere Prozeßart; aber die rechtsmittelartige Natur der Wiederaufnahmeklage läßt eine Verbindung mit anderen Klagen als ungeeignet erscheinen. Ebenso steht es mit der Anfechtungsklage gegen das Aufgebotsurteil (§ 834).

3. In Abs. 2 ist die Verbindung der Besitzklage und der Klage, durch die das Recht selbst geltend gemacht wird, als unzulässig erklärt. Eine derartige Bestimmung war dem früheren gemeinen Prozeßrechte fremd [vgl. Wetzell Syst. § 64 bei N. 33, Schmid Handb. III § 196, Bayer summ. Prozesse §§ 76 ff.]. Sie stammt aus dem Code de proc. art. 25 und ist in die hann. PrO. §§ 505 f., hann. Entw. § 232, preuß. Entw. § 840, Bad. PrO. § 669, württemb. Pr.O. Art. 321, bay. PrO. Art. 584, nordd. Entw. § 198 sowie in Entw. I § 211, Entw. II § 219, Entw. III § 224 übergegangen. Das Verbot beruht darauf, daß einheitliche Verhandlung und Entscheidung über die possessorische und petitorische Klage unzweckmäßig, nach Umständen unthunlich wäre, weil die Entscheidung über das possessorium im Verhältnisse zu dem petitorium eine bloß vorläufige ist. Das Verbot trifft alle Arten von Klagen, in denen eine Entscheidung über den Besitz an Sachen oder Rechten vorbehaltlich der Entscheidung über das Recht selbst verlangt wird. Gemeinrechtlich gehören dazu die Klagen aus den Interdikten uti possidetis, utrubi, unde vi, de precario (wenn es noch praktische Geltung hat), die actio spolii und die Klage im possessorium summarium (wenn sie noch besondere Bedeutung hat), ferner die zum Schutze des Rechtsbesitzes teils im römischen Rechte, teils aus nachrömischen Fortbildungen entstandenen Klagen. Auch die Kondiktionen des Besitzes, die Klagen aus den interdicta adipiscendae possessionis (interd. Salvianum, i. quorum bonorum, i. quod legatorum) und das sog. remedium ex l. ult. C. de edicto D. Hadr. tollendo sind hier als Besitzklagen zu betrachten, obwohl es nicht Klagen aus dem Besitze sind, weil der oben angegebene Grund des Verbots der Verbindung auch hier zutrifft; denn auch hier wird nur vorbehaltlich der Entscheidung über das Recht über den Besitz entschieden [Abw. Struckm. Koch N. 5, Petersen (2) S. 390, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 421 f.]. Die Klage, mit der die Besitzklage nicht verbunden werden kann, ist die Klage um das Recht selbst, also die Eigentums- und die Servitutenklage im Verhältnisse zu den Klagen aus den Be-

Digitized by Google

fitzesinterdikten und zur actio spolii, die Pfandklage im Verhältnisse zum interd. Salv., die Erbrechtsklage im Verhältnis zum interd. quor. bon. etc., und zwar stets in Beziehung auf dasselbe Objekt. Die Verbindung einer Klage aus einem obligatorischen Anspruche mit der actio spolii fällt nicht unter das Verbot, weil das Verhältnis einer Besitzklage zu einer Klage aus dem Rechte fehlt [RG. 5. Juni 1894 Entsch. XXXIII Nr. 101 S. 380].

Ob gegen Besitzklagen Einreden zulässig sind, die sich auf das Recht selbst stützen, ist nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. Nach dem gemeinen Rechte sind solche Einreden außer dem singulären Falle der Einrede des Eigentums gegen das interd. de precario (l. 4 § 3 D. de prec. 43, 26) unstatthaft. Ebenso nach preuß. AGO. I 31 §§ 3 und 4, sowie nach dem bay. AG. z. CPrO. Art. 83.

Petitorische Widerklage gegenüber possessorischer Klage ist zwar durch § 232 Abs. 2 nicht verboten [vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 5, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 52 N. 54, OLG. Cassel eod. VII S. 101]; aber wenn auf das Recht gestützte Einwendungen nach dem maßgebenden materiellen Rechte im Besitzprozesse unzulässig sind, so steht die petitorische Klage weder mit der Besitzklage noch mit der dagegen zulässigen Verteidigung im Zusammenhange und kann daher gemäß § 33 nicht als Widerklage geltend gemacht werden [vgl. Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 464, Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 50 N. 29, Meyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 457 ff., RG. 28. Mai 1889 Entsch. XXIII Nr. 94 S. 396]. Auch bleiben materiellrechtliche Bestimmungen, die die petitorische Widerklage ausdrücklich ausschließen, in Geltung. So verbietet c. 2, 4 X. de ord. cogn. 2, 10 die petitorische Widerklage gegen die Spolienklage. Manche behaupten f. das gem. Recht ein allgemeines Verbot [z. B. Bayer summ. Proz. § 77, Schmid Handb. III S. 113 f.]. Für das Gebiet des franz. Rechts ist die petitorische Widerklage gegen possessorische Klage verboten durch C. de proc. art. 27; vgl. a. bay. AG. z. CPrO. Art. 170 Abs. 4 (betrifft das linksrhein. Gebiet).

Gleichzeitige Erhebung der possessorischen und der petitorischen Klage in gesonderten Prozessen ist durch die CPrO. nicht verboten. Sie ist zulässig, wenn nicht das bürgerliche Recht sie untersagt. Gemeinrechtlich besteht kein Hindernis. Beschränkende Vorschriften enthält Code de proc. art. 26, 27 und das bay. AG. z. CPrO. Art. 82, 84, 170.

4. Die Regeln über Zulässigkeit der Verbindung mehrerer Ansprüche gelten sowohl, wenn mehrere Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden (kumulative Verbindung), wie auch dann, wenn zunächst ein Anspruch und für den Fall, daß dieser nicht durchdringt, ein anderer geltend gemacht wird (eventuelle Verbindung). Daher ist der eventuelle Anspruch durch absolutio ab instantia zurückzuweisen, wenn das Prozeßgericht dafür nicht zuständig [vgl. RG. verein. CS. 9. Febr. 1891 SA. XLVI Nr. 285, wo die eventuelle Verbindung eines Bereicherungsanspruchs mit einem Deliktsanspruche im Gerichtsstande des § 32 für unzulässig erklärt ist] oder wenn dieselbe Prozeßart für diesen Anspruch nicht zulässig ist. Unter den Voraussetzungen des § 232 ist die eventuelle Verbindung mehrerer Ansprüche nicht bloß zulässig, wenn die mehreren Ansprüche sich auf einen einheitlichen Klagegrund stützen (z. B. Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufpreises, eventuell Anspruch auf Minderung des Kaufpreises, wegen Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes), sondern auch, wenn mehrere Ansprüche, die auf dasselbe Klagebegehren hinauslaufen, sich auf verschiedene Klagegründe stützen (z. B. Klage mit Antrag auf Herausgabe einer Sache gestützt auf Eigentum, eventuell auf publizianischen Besitz; oder Anspruch auf 100, gestützt auf Darlehensvertrag, eventuell auf grundlose Bereicherung). Auch darin, daß die verschiedenen Klagegründe miteinander in unvereinbarem Widerspruche stehen, liegt kein prozes-

Digitized by Google

sualisches Hindernis der eventuellen Verbindung; denn es fehlt formell keinem der Anträge an dem Klagegrunde. Eine andere Sache ist, daß in einem solchen Falle das thatsächliche Vorbringen, das zur Ausführung der Klagegründe dient, wegen des Widerspruchs an Unglaubwürdigkeit leidet, was bei Beweiswürdigung bedeutsam werden kann. Zulässig ist auch die eventuelle Verbindung mehrerer Ansprüche, die auf verschiedenartiges gehen, z. B. mit dem Anspruche auf Zahlung des Kaufpreises wird für den Fall, daß dieser Anspruch wegen Ungültigkeit des Kaufvertrags abgewiesen werden sollte, der Anspruch auf Rückgabe des Kaufsgegenstandes verbunden [vgl. RG. 21. Dez. 1886 SA. XLII Nr. 165]. Es mangelt in keinem dieser Fälle dem Klagantrage an der nach § 230 Nr. 2 erforderlichen Bestimmtheit; auch liegt in keinem Falle eine bedingte Klagerhebung vor, da unter allen Umständen ein Urteil verlangt wird. Die eventuelle Verbindung mehrerer Ansprüche hat aber eine Schranke darin, daß die mehreren Ansprüche nach dem materiellen Rechte in dem Verhältnisse zu einander stehen müssen, daß der sekundär geltend gemachte Anspruch für den Fall des Durchdringens des primären Anspruchs gegenstandslos wird. Wenn dieses Verhältnis nicht besteht, ist die eventuelle Verbindung der Ansprüche in einer Klage sinnlos und daher die eventuelle Geltendmachung des zweiten Anspruchs unwirksam. Daher kann z. B. mit dem Anspruche auf Gestattung der Ausübung einer Servitut nicht eventuell der Anspruch auf Rückgabe eines Depositums verbunden werden. [Im wesentlichen ebenso jetzt Struckm. Koch (6) N. 7. Mehr oder weniger abweichende Ansichten über die Statthaftigkeit eventueller Verbindung bei Wilm. Levy N. 4 zu § 230 u. N. 4 zu § 232, Gaupp I S. 441 u. 459, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 133 ff., Lämmert Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 428 ff., Petersen eod. S. 493 ff. Über das frühere gem. Recht s. Wetzell Syst. S. 481 ff.]

5. Die Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage ist von Amtswegen zu beachten [vgl. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 160]. a) Ist für einen der Ansprüche das angegangene Gericht unzuständig und wird der Mangel der Zuständigkeit nicht durch Prorogation (§ 39) beseitigt, so ist die Klage bezüglich dieses Anspruchs von hier abzuweisen. Über den anderen Anspruch kann entschieden werden. b) Ist die Prozeßart für einen der Ansprüche unzulässig, so ist die Klage bezüglich des zur Prozeßart nicht geeigneten Anspruchs durch absolutio ab instantia als unzulässig abzuweisen, über den zur Prozeßart geeigneten Anspruch aber ist zu entscheiden [vgl. RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166]. Verhandlung in getrennten Prozessen (§ 136) kann nicht angeordnet werden, weil die für die Prozeßart nicht geeignete Klage nicht ordnungsmäßig erhoben ist. c) Ist die Verbindung unstatthaft nach § 232 Abs. 2, so ist die ganze Klageerhebung ordnungswidrig; es ist daher sowohl die Besitz- wie die petitorische Klage durch absolutio ab instantia zurückzuweisen. Durch Zurückweisung einer der beiden Klagen kann die Ordnungswidrigkeit nicht gehoben werden. Verhandlung in getrennten Prozessen (§ 136) kann nicht angeordnet werden, weil die Klagerhebung ordnungswidrig ist.

§ 233.

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

Mot. S. 186. KPr. S. 74, 533.

1. Vgl. § 193. — Die Bestimmung des Termins ist ein lediglich formeller Akt. Die

Digitized by Google

Prüfung des Inhalts der Klageschrift ist ausgeschlossen (Ausnahme: § 570). Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 193. Beschwerde gegen Verweigerung der Terminsbestimmung s. Bem. Nr. 5 zu § 193. Wegen Zustellung s. §§ 152 ff., 457, 458.

2. Nach HGB. Art. 190a Abs. 4, 222 und Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 49 Abs. 3 haben in den dort bezeichneten Prozessen die persönlich haftenden Gesellschafter oder der Vorstand die Erhebung der Klage sowie den Termin zur mündlichen Verhandlung ohne Verzug in bestimmten Blättern zu veröffentlichen. Auf Einhaltung dieser Vorschrift ist von Amtswegen zu achten. Ist die Veröffentlichung unterblieben, so hat das Gericht die Verhandlung zu vertagen.

§ 234.

Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monate liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

Mot. S. 186, 187. KPr. S. 74, 533.

1. Wegen Berechnung der Einlassungsfrist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I a. E. vor § 191. — Einlassungsfrist im Verfahren vor den Kammern für Handelssachen: GVG. § 102; im Verfahren vor den Amtsgerichten: § 459; im Wechselprozesse: § 567. Bei Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2) ist nicht die Einlassungsfrist, sondern die Frist des § 123 einzuhalten [RG. 11. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 107 S. 392]. — Wegen Abkürzung der Einlassungsfrist s. § 194.

2. Der Begriff „Meß- und Marktsachen" ist aus § 30 zu bestimmen; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 30. — Die abgekürzte Frist gilt nur, wenn die Klage in dem Gerichtsstande des § 30 erhoben ist; denn nur in diesem Falle tritt die Eigenschaft als Meß- oder Marktsache hervor. Sie gilt auch für die höheren Instanzen (vgl. Bem. zu § 481).

3. Die nach Abs. 2 vom Vorsitzenden zu bestimmende Frist muß, wenn nicht die Abkürzung beantragt und bewilligt wird, mindestens der gesetzlichen Minimalfrist gleich sein. Die Verfügung des Vorsitzenden ist mit der Klageschrift zuzustellen. Eine Zustellung im Auslande ohne vorherige richterliche Bestimmung der Einlassungsfrist ist ungültig; die Ungültigkeit kann nach § 267 gehoben werden.

4. Bei Nichteinhaltung der Einlassungsfrist kann der Beklagte die Vertagung begehren. Die Vertagung muß bewilligt werden. Der Beklagte könnte sich entfernen, ohne daß ein Versäumnisurteil gegen ihn erlassen werden dürfte (arg. § 300 Nr. 2). Wegen der Kosten der Vertagung s. § 90.

5. In den in HGB. Art. 190a, 222 und Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) §§ 49, 104, 105 bezeichneten Prozessen erfolgt die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf der in HGB. Art. 190a Abs. 1, Genoss.Ges. § 49 Abs. 1, 105 Abs. 1 bestimmten Frist. Darauf ist von Amtswegen zu achten. Daher ist die Verhandlung von Amtswegen zu vertagen, wenn ein zu früher Termin angesetzt war.

§ 235.

Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

Digitized by Google

1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
2) die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
3) der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

Mot. S. 187—189. KPr. S. 74, 533.

1. Litteratur: Planck I § 54, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 256 ff., Lippmann eod. LXV S. 358 ff. und LXXI S. 291 ff., Schollmeyer Komp. Einr. S. 9 ff., Weismann Hauptintervention S. 110, Stein Urk.Proz. S. 280 ff., Linckelmann Mag. f. DR. VII S. 308 ff., Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis S. 36.

2. Die Rechtshängigkeit einer Streitsache (eines Anspruchs s. § 254) beginnt mit der Erhebung der Klage, d. i. mit der Zustellung der Klageschrift (§ 230), im Falle der §§ 461, 471 mit dem mündlichen Vortrage der Klage. Wird ein Anspruch erst im Laufe des Prozesses erhoben (über die einzelnen Fälle s. Bem. Nr. 1 zu § 254), so tritt die Rechtshängigkeit mit dem Zeitpunkte ein, wo der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird (§ 254). Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein (§ 633). Die Anmeldung im Konkurse bewirkt nicht Rechtshängigkeit, unterbricht aber die Verjährung (KO. § 13). Die Geltendmachung eines Anspruchs durch Einrede begründet keine Rechtshängigkeit; daher begründet die Kompensationseinrede nicht die Rechtshängigkeit der Gegenforderung. [Die Litteratur zu diesem bestrittenen Satze s. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136.]

Die Rechtshängigkeit erlischt mit der Beendigung des begonnenen Rechtsstreits durch rechtskräftiges Urteil, durch Zurücknahme der Klage oder durch Vergleich. Die Vereinbarung der Parteien, den Rechtsstreit fallen zu lassen, ohne Zurücknahme der Klage beendigt den Rechtsstreit nicht; vgl. Bem. Nr. 7 zu § 243 [AM. Planck I S. 273]. Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Verfahrens berühren die Rechtshängigkeit nicht. Nach Beendigung des Rechtsstreits durch rechtskräftiges Urteil kann die Rechtshängigkeit wieder aufleben durch Wiederaufnahmeklage. Über Erlöschen der durch Zustellung eines Zahlungsbefehls eingetretenen Rechtshängigkeit s. §§ 637, 641. Über Erlöschen der Rechtshängigkeit eines im Urteile übergangenen Anspruchs s. Bem. Nr. 4 zu § 292. — Ist ein rechtshängig gewordener Anspruch teilbar, so kann die Rechtshängigkeit des Anspruchs teilweise erlöschen.

3. Die Rechtshängigkeit hat materiellrechtliche und prozeßrechtliche Wirkungen. Wegen der materiellrechtlichen s. § 239. Die prozeßrechtlichen Wirkungen sind:

I. Jede der Parteien des anhängigen Prozesses kann die Einrede der Rechtshängigkeit (exceptio rei in iudicium deductae, exceptio litis pendentis) erheben, wenn von dem Gegner die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird. [Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 358 ff. bestreitet mit unstichhaltigen Gründen, daß die Einrede infolge der Erhebung einer Widerklage entstehe. Dagegen Schollmeyer a. a. O. S. 14 ff. Replik von Lippmann Arch. f. c. Pr. LXXI S. 291 ff.]

Die Einrede der Rechtshängigkeit geht der Einrede der abgeurteilten Sache parallel. Wie diese bezieht sie sich nur auf dieselbe Streitsache [vgl. RG. 28. März 1890 Entsch. XXVI Nr. 73 S. 368, wo die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem Prozesse, worin ein Vertrag wegen Betrugs angefochten wird, versagt wird gegen die Klage auf Erfüllung]. Was dieselbe Streitsache (eadem res, eadem quaestio) ist, bemißt sich nach den gleichen

Digitized by Google

Gesichtspunkten, wie bei der abgeurteilten Sache. Ist ein Teil eines Anspruchs eingeklagt, so kann der Klage auf den anderen Teil nicht die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden; denn wenn auch die Möglichkeit der Klagerweiterung besteht (§ 240 Nr. 2), so ist doch der nicht eingeklagte Teil nicht rechtshängig, solange die Klage nicht erweitert ist. Auch daraus, daß in der Abweisung des Teils die Aberkennung des Ganzen gelegen sein kann (s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 293), folgt nicht die E. d. R. gegen die andere Teilforderung, weil die Zuerkennung eines Teils nicht Zuerkennung des Ganzen ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 464, OLG. Celle SA. XLIII Nr. 157. AM. Zitelmann Ztschr. f. d. c. Pr. VIII S. 373 f., Immler eod. XI S. 322, Muskat eod. XII S. 335 ff., Linckelmann eod. XVII S. 447 f.] Gleich der Einrede der abgeurteilten Sache beschränkt sich die E. d. R. auf die Prozeßparteien und deren Rechtsnachfolger, und zwar auf die Rechtsnachfolger, denen gegenüber das Urteil Rechtskraftwirkungen hat (vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 236). Gegen Personen, die keine Rechtsnachfolger sind, kann die Einrede auch dann nicht erhoben werden, wenn das Urteil ihnen gegenüber wirksam ist [vgl. Planck I S. 274 N. 20].

Da dieselbe Sache durch verschiedene Prozeßhandlungen — Leistungsklage, Feststellungsklage, Urkundenprozeß, Mahnverfahren, Arrestprozeß, Kompensationseinrede — an das Gericht gebracht werden kann, so ist zu erörtern, wie sich die verschiedenen Prozeßhandlungen hinsichtlich der E. d. R. zu einander verhalten.

a) Ist Leistungsklage erhoben, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründet gegenüber der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses, woraus der mit der Leistungsklage geltend gemachte materiellrechtliche Anspruch hergeleitet wird, weil nach § 293 das Urteil über den Anspruch nicht Rechtskraft bezüglich des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses erzeugt. [Vgl. RG. 2. Febr. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1214.] Eine andere Frage ist, ob das zur selbständigen Feststellungsklage erforderliche Interesse an alsbaldiger Feststellung vorhanden ist, wenn bereits der Prozeß über die Leistungsklage anhängig ist. Diese Frage wird regelmäßig zu verneinen sein. Die Bestreitung dieses Interesses ist aber eine andere Verteidigung, als die Einrede der Rechtshängigkeit.

b) Ist Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet gegenüber der negativen Feststellungsklage bezüglich desselben Rechtsverhältnisses [AM. Gaupp I S. 466], aber nicht gegenüber einer Leistungsklage daraus. Der Kläger kann von der Feststellungs- zur Leistungsklage übergehen (s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 240). Es besteht aber kein Hindernis gesonderter Klage. Die Verhandlung über die gesonderte Klage kann mit Rücksicht auf den Feststellungsprozeß ausgesetzt werden (§ 139).

c) Ist Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit begründet gegenüber der positiven Feststellungsklage bezüglich desselben Rechtsverhältnisses [AM. Gaupp I S. 466.] Der Leistungsklage kann die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegengesetzt werden [vgl. RG. 28. März 1890 Entsch. XXVI Nr. 74 S. 368. AM. teilweise Kohler Pr. als RV. S. 36 N. ***]. Der Beklagte kann im Feststellungsprozesse Widerklage auf Leistung erheben. Aber er kann sich auch auf die Behauptung des Rechtsverhältnisses beschränken und die Geltendmachung seines Anspruchs gesonderter Klage vorbehalten. Erhebt er gesonderte Klage vor Beendigung des Feststellungsprozesses, so kann die Aussetzung jenes Prozesses nach § 139 angeordnet werden.

d) Aus dem Rechtsstreite, worin auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde geklagt

Digitized by Google

ist, kann die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der Klage auf Feststellung der Unechtheit erhoben werden und umgekehrt. Dagegen kann aus derartigen Prozessen keine Einrede der Rechtshängigkeit gegen eine Leistungsklage des Klägers oder Beklagten erhoben werden, selbst wenn für den Anspruch die Echtheit der Urkunde präjudiziell ist. Aussetzung nach Analogie des § 139 ist im Prozesse über den Anspruch möglich.

e) Die Erhebung einer Klage im Urkundenprozesse steht der Erhebung einer Klage im ordentlichen Prozesse hinsichtlich der Einrede Rechtshängigkeit gleich. [Vgl. Briegleb Exekutivproz. S. 106, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 466, Wach I S. 217, Stein Urk.Proz. S. 291. AM. ROHG. Entsch. XII S. 210 auf Grund einer jedenfalls für den Urkundenprozeß der CPrO. unzutreffenden Anschauung von der Natur des Exekutivprozesses.] Es kann also vom Urk.Proz. die Einrede der Rechtshängigkeit gegen die Klage im ordentlichen Prozesse hergeholt werden und umgekehrt. Auch bezüglich der in litt. a—d entwickelten Sätze über das Verhältnis von Feststellungs- zu Leistungsklagen steht die Leistungsklage im Urk.Proz. gleich der Leistungsklage im ordentlichen Prozesse. Es ergiebt sich daraus insbesondere, daß ein negativer Feststellungsprozeß, worin der Beklagte keine Widerklage auf Leistung erhob, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht gegenüber einer im Urk.Proz. erhobenen Leistungsklage des Beklagten begründet. [Vgl. Wilm. Levy (6) N. 2 S. 380, Gaupp I S. 466, Kohler Forschungen S. 117, RG. 16. Sept. 1886 Entsch. XVII Nr. 178 S. 326, 3. Juli 1888 XXI Nr. 77 S. 392. Die erste dieser Entscheidungen ist irrtümlich mit der Illiquidität der im Feststellungsprozesse vorgebrachten Einreden begründet. AM. Stein Urk.Proz. S. 291 ff., wo auch ältere Litteratur und Rechtsprechung angegeben.]

f) Die Zustellung des Zahlungsbefehls steht der Erhebung einer Leistungsklage im ordentlichen Prozesse hinsichtlich der Einrede der Rechtshängigkeit gleich. Nur eine Eigentümlichkeit besteht: der in den Fällen des § 637 und des § 640 bei dem Landgerichte erhobenen Klage kann die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem Mahnverfahren nicht entgegengesetzt werden.

g) Die Anhängigkeit des einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahrens berechtigt nicht zur Einrede der Rechtshängigkeit in einem die Hauptsache (im Sinne des § 806) betreffenden Prozesse und umgekehrt [vgl. Planck I S. 274, Kohler Forschungen S. 139, RG. 1. April 1885 Entsch. XIII Nr. 94 S. 362, 26. Jan. 1890 XXVI Nr. 85 S. 407].

h) Die Einrede der Rechtshängigkeit kann nicht erhoben werden, wenn ein klageweise geltend gemachter Anspruch compensando in einem anderen Prozesse geltend gemacht wird, l. 8 D. de compens. 16, 2. Das Gericht wird anordnen, daß die Verhandlung des Prozesses, worin die Kompensation verlangt wird, bis zur Erledigung des Prozesses, worin die Forderung eingeklagt ist, ausgesetzt werde (§ 139), es wäre denn, daß das Gericht die Kompensationsforderung gemäß § 136 Abs. 2 ad separatum verwiese. Es ist aber auch möglich, daß das Gericht, bei dem die Forderung compensando geltend gemacht ist, darüber entscheidet; diese Entscheidung begründet in dem anderen Prozesse die exc. rei iud. (§ 293 Abs. 2). [Über die Kompensation mit rechtshängigen Forderungen s. Hasse Arch. f. c. Pr. VII S. 169 ff., Dernburg Komp. 2. Aufl. S. 535 ff., Eisele Komp. S. 332, 368 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 459, Schollmeyer Kompensationseinrede S. 52 ff., Planck I S. 274, Gaupp I S. 464 f. Vgl. a. Mot. S. 187.]

Über die Einrede der Rechtshängigkeit auf Grund eines im Auslande anhängigen Prozesses s. Bem. Nr. 8 zu § 661.

Über die prozessualische Behandlung der Einrede der Rechtshängigkeit s. §§ 247 Nr. 3,

Digitized by Google

248. Nach der herrschenden Meinung kann auf die Einrede verzichtet werden, das Gericht darf die Rechtshängigkeit nur auf Antrag berücksichtigen. So alle Kommentare, ferner Wetzell Syst. S. 127, Bayer Vortr. S. 239, 552, 560, Planck I S. 275, Hölder Pand. S. 375 ꝛc. Dagegen vertreten Linckelmann Mag. f. DR. VII S. 308 ff., Kohler Forschungen S. 97 u. Bülow Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 140 ff. die Ansicht, daß das Gericht die Rechtshängigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen habe und daß folglich ein Verzicht auf die Einrede nicht wirksam sei. Daß die CPrO. von einer Einrede der Rechtshängigkeit redet, ist nicht entscheidend, da sie auch von einer Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 247 Nr. 2) und von einer Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit und der mangelnden gesetzlichen Vertretung (§ 247 Nr. 6) spricht, obwohl die Unzulässigkeit des Rechtswegs und der Mangel der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung von Amtswegen zu berücksichtigen sind. In den Mot. S. 195 wird allerdings die sog. Einrede im Einklange mit der herrschenden Meinung als verzichtbar behandelt. Diese herrschende Ansicht hängt damit zusammen, daß man allgemein die Berücksichtigung eines rechtskräftigen Urteils dem Gerichte nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Partei (exc. rei iud.) gestattet und einen Verzicht auf die Wirkungen des Urteils zuläßt, wie dies auch im Entw. I e. BGB. § 191 und im Entw. II Anm. zu § 195 vorgesehen ist. Diese Ansicht hat Bülow Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 1 ff. mit guten Gründen angegriffen. Ob es ihm gelingen wird, die Praxis zur Umkehr zu bestimmen und die Vorschläge des Entwurfs zu durchkreuzen, ist abzuwarten. Wenn die Urteilswirkungen von Amtswegen zu berücksichtigen sind, so muß die Rechtshängigkeit ebenso behandelt werden.

Über Anfechtung des späteren Urteils durch Restitutionsklage, wenn ein früheres Urteil aufgefunden wird s. § 543 Nr. 7a. Sonst gilt das spätere Urteil [vgl. Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 470, Forschungen S. 97].

II. Veränderungen der für die sachliche oder örtliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts maßgebenden Umstände, z. B. Minderung oder Steigerung des Werts des Streitgegenstandes, Wechsel des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts, sind einflußlos für die Zuständigkeit. Das Gericht verliert dadurch die Zuständigkeit nicht (sog. perpetuatio fori). Auch dadurch, daß der Anspruch teilweise befriedigt oder anerkannt wird, ändert sich die Zuständigkeit nicht [vgl. RG. 18. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 110 S. 392]. Von der Veränderung der für die Zuständigkeit maßgebenden Umstände ist die Klagerweiterung und -beschränkung zu unterscheiden (vgl. §§ 240 Nr. 2, 467). Über den Einfluß einer Änderung der Gerichtsbezirke auf anhängige Prozesse s. Betzinger Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 429 ff. und Koppers Arch. f. d. R. IX S. 201 ff.

III. Der Änderung der Klage kann der Beklagte widersprechen. Vgl. darüber §§ 240, 241. Auf die Widerklage findet das entsprechende Anwendung. Dem steht nicht entgegen, daß bis zum Schlusse der Verhandlung neue Widerklagen stets zulässig sind; denn der Widerbeklagte muß zwar neue Widerklagen über sich ergehen lassen, er kann aber dem Versuche, die alte Widerklage umzugestalten, entgegentreten und dadurch bewirken, daß sie, wenn der Widerkläger darüber nicht mehr verhandeln will, unter Verurteilung des Widerklägers abgewiesen wird (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 241). [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 240, Wilm. Levy N. 1 zu § 240, Petersen (2) S. 405, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 143. AM. Gaupp I S. 467, Endemann II S. 54, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 68, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 363.]

4. Die in Nr. 1 und 3 des § 235 angeführten Wirkungen der Rechtshängigkeit treten auch ein, wenn die Klagerhebung nicht ordnungsmäßig erfolgte, sowie wenn wegen Mangels einer anderen Prozeßvoraussetzung ein Urteil in der Hauptsache nicht erlassen werden kann.

Digitized by Google

Dies folgt daraus, daß diese Wirkungen ihre Spitze gegen den Kläger richten und daß dieser sich, solange der Prozeß nicht erledigt ist, nicht auf die Ungültigkeit seiner eigenen Klageerhebung berufen darf. Daher kann insbesondere der Einrede der Rechtshängigkeit (Nr. 1) die Behauptung, daß die Klage nicht richtig oder nicht bei dem zuständigen Gerichte erhoben sei, nicht entgegengesetzt werden [vgl. a. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 281 ff.].

§ 236.

Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der andern Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cedieren.

Die Veräußerung oder Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der § 66 keine Anwendung.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.

Mot. S. 189, 190. KPr. S. 75, 535.

1. Litteratur: Über das frühere gem. Recht vgl. Wetzell Syst. § 6 bei N. 14 ff. (S. 26), § 14 bei N. 38 ff. S. 123 ff., Windscheid Pand. I § 125 Nr. 1, Vangerow Pand. I § 160 N. V. Bei diesen s. Angaben über die ältere Litteratur, woraus Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXV S. 431 ff., XXXVI S. 49 ff., Arch. f. pr. RW. I S. 3 ff., Friedenthal de rer. lit. alienatione (Berl. 1849) hervorzuheben sind. Über das Recht der CPrO.: Arndt Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 322 ff., Warmuth Ztschr. f. R. u. LR. V S. 53 ff., Zimmermann Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 808 ff., Dernburg pr. PrR. I § 132, Pand. I § 155, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 99 V 5. Aufl. S. 668 ff. (dazu Behrend Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 458), Wach Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 779 ff., Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 97 ff., P. Mayer Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 297 ff., A. Schultze die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel gegen die Rechtsnachfolger (Breslau 1891) S. 62 ff., Stegemann Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 377 ff.

2. Der Abs. 1 des § 236 hat nur derogatorische Bedeutung; er beseitigt das aus dem römischen in das gem. deutsche Recht übergegangene, in seiner Geltung übrigens bestrittene, dem preuß. und franz. Rechte fremde Verbot der Veräußerung der res litigiosa und der actio litigiosa, natürlich samt den wahrscheinlich in Deutschland nie rezipierten Strafbestimmungen der l. 5 (4) C. 8, 36 (37). An Stelle des vom röm. Rechte zum Schutze der Parteien erlassenen Veräußerungsverbots treten die in den Abs. 2 und 3 enthaltenen Vorschriften über das Verhältnis des anhängigen Prozesses zu der Veräußerung der r. l. und der a. l., welche Vorschriften dann wieder durch die §§ 237, 238 modifiziert werden. Die Vorschriften der Abs. 2 und 3 des § 236 sind nachgebildet der preuß. AGO. I 7 § 48 (cf. ALR. I 11 § 383), I 24 § 9, vgl. nordd. Prot. I S. 562 ff.; sie enthalten in der Hauptsache Rechtssätze, die sich bereits im gem. deutschen Prozesse durch Umgestaltung der römisch-rechtlichen Sätze gewohnheitsrechtlich ausgebildet hatten [vgl. Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 59 ff.].

3. Die Abs. 2 und 3 enthalten positive Bestimmungen für den Fall der Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder des geltend gemachten Anspruchs.

a) Der Begriff einer „in Streit befangenen Sache" ist weiter, als der Begriff der res litigiosa in den römischen das Veräußerungsverbot betreffenden Gesetzen. Jede körperliche Sache ist in Streit befangen, in Bezug auf die durch Leistungs- oder Fest-

Digitized by Google

stellungsklage ein dingliches Recht (Eigentum, ius in re aliena, insbesondere auch Pfandrecht) geltend gemacht ist. Auch die actio Publiciana und die sog. actiones in rem scriptae einschließlich des interd. quod vi aut clam, der Klage aus operis novi nunc. und der a. aquae pluv. arc. begründen die Litigiosität [vgl. Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 59 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 810 ff., Schultze a. a. O. S. 75, 78, 82], nicht aber die Besitzesklagen [vgl. Schultze a. a. O. S. 92]. Die her. petitio begründet die Litigiosität der hereditas, nicht der einzelnen Erbschaftssachen. Durch eine Klage aus einem Obligationsverhältnisse, worin Herausgabe oder Überlieferung einer Sache verlangt wird, wird keine Litigiosität begründet. [Vgl. Zimmermann a. a. O. S. 812, Kohler a. a. O. S. 121, P. Mayer a. a. O. S. 307, Schultze a. a. O. S. 85.] Nach RG. 17. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 57 S. 237 macht die in einem Prozesse, worin auf Auflassung geklagt wird, bewirkte Vormerkung des Rechts auf Auflassung im Grundbuche den Gegenstand der geforderten Auflassung zur res litigiosa. (?) Als Klage aus einer Obligation begründet die Anfechtungsklage wegen Benachteiligung des Gläubigers keine Litigiosität des zurückzugewährenden Vermögensstücks. — Auf die sog. Immaterialrechte (Autor-, Patentrechte ꝛc.) findet das Gesagte entsprechende Anwendung.

b) „Geltend gemacht" ist der Anspruch, bezüglich dessen Klage oder Widerklage rechtswirksam erhoben ist.

c) Die Litigiosität der Sachen und der Ansprüche dauert vom Beginne bis zum Ende der Rechtshängigkeit. Über Beginn und Ende der Rechtshängigkeit vgl. Bem. Nr. 2 zu § 235. Nur für die zwischen diesen Zeitpunkten liegenden Veräußerungen gelten die Vorschriften des § 236 Abs. 2 und 3.

d) Veräußerung einer in Streit befangenen Sache ist jede nicht durch Universalsuccession erfolgende, totale oder partielle, translative oder konstitutive Übertragung von dinglichem Recht oder Besitz. Veräußerung eines in Streit befangenen Anspruchs ist jede Cession, jede Übertragung durch Indossament oder durch Übergabe eines Inhaberpapiers, aber auch trotz dem engeren Wortlaute des Gesetzes die Bestellung von Pfandrecht oder Nießbrauch an der Forderung. — Auch bei einer unfreiwilligen Veräußerung, z. B. bei Expropriation, bei Pfändung und Versteigerung, bei Forderungsüberweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt im Wege der Zwangsvollstreckung, gelten die Vorschriften des § 236 Abs. 2 und 3. Waren die unfreiwilligen Veräußerungen von dem röm. Verbote der Veräußerung ausgenommen, so ist das kein Grund, um die Anwendbarkeit der auf anderer Grundlage ruhenden Sätze der CPrO. zu verneinen. [Vgl. Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. (3) S. 241, RG. 8. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 101 S. 420 betr. die Überweisung einer Forderung zur Einziehung. AM. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 78.]

4. Unter den in Bem. Nr. 3 erörterten Voraussetzungen gelten folgende Regeln:

a) Die Veräußerung oder Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Prozeß geht unter den bisherigen Parteien weiter. Die Partei, die veräußerte, kann sich nicht zu ihren Gunsten auf die Veräußerung berufen. Aber auch dem Gegner ist verwehrt, die Legitimation des Gegners mit Rücksicht auf die Veräußerung zu bestreiten. Daraus, daß im Schlußsatze des § 238 die Bestreitung der Sachlegitimation für den daselbst behandelten Fall besonders zugelassen ist, folgt per arg. a contr., daß in den anderen Fällen der Gegner die Sachlegitimation nicht mit Rücksicht auf die Veräußerung bestreiten darf. Wird der Beklagte verurteilt, so ist er zur Leistung an den ursprünglichen Kläger, nicht an dessen Nachfolger, zu verurteilen. Die Wirkung der Veräußerung beschränkt sich auf den Veräußerer und den Rechtsnachfolger. Dem Prozeßgegner gegenüber

Digitized by Google

ist die Veräußerung auch civilrechtlich wirkungslos. Der Veräußerer kann daher im Prozesse noch über die veräußerte Sache oder Forderung verfügen, insbesondere auch einen Verzicht erklären. Verfügungen des Erwerbers sind für den Prozeß bedeutungslos. [Vgl. Gaupp I S. 470, Mandry a. a. O. S. 241, RG. Entsch. XX S. 420. AM. Eccius a. a. O., Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 4b, die annehmen, daß der Kläger zwar Prozeßpartei bleibe, aber die Verurteilung zur Leistung an seinen Rechtsnachfolger beantragen müsse. Wach tritt der Meinung von Eccius entgegen, läßt aber Einwände aus Dispositionsakten des Cessionars und im Vollstreckungsstadium auch die Bestreitung der Sachlegitimation zu. Gegen Eccius und Wach s. Behrend a. a. O., P. Mayer a. a. O. S. 310 ff., Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 553 N. 3. Wieder anders Kohler a. a. O., der annimmt, daß der Bekl. zur Leistung an den Cessionar verurteilt werden könne, aber nicht müsse, und die Stellung des Veräußerers in dem Prozesse als ein eigenartiges, „Prozeßstandschaft" genanntes Verhältnis konstruiert. Ähnlich Stegemann a. a. O.]

b) Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen. Ebensowenig ist er auf Antrag des Gegners dazu verpflichtet. Ausnahme nach beiden Richtungen: § 237. Wenn jedoch die beiden Parteien und der Erwerber der res oder actio litigiosa in mündlicher Verhandlung ihr Einverständnis darüber erklären, daß der Rechtsvorgänger aus dem Prozesse ausscheide und der Nachfolger an seiner statt in den Prozeß eintrete, so findet eine der Zustimmung des Gerichts nicht bedürftige Succession in den Prozeß statt. Der Prozeß geht unter den neuen Parteien weiter. Dabei bleiben die Prozeßhandlungen der ausgeschiedenen Partei für die eingetretene maßgebend. Ist über die Kosten des bisherigen Prozesses nichts anderes verabredet, so ist der Successor auf diese Kosten berechtigt und verpflichtet. — Der Austritt des Veräußerers aus dem Prozesse ohne Vereinbarung ist auch nicht gestattet, wenn der Gegner an dessen Verbleiben im Prozesse kein Interesse hat (Mot. S. 190).

c) Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners eine Hauptintervention (§ 61) zu erheben. Thut er es dennoch, so kann der Gegner die Abweisung der Interventionsklage als prozessualisch unstatthaft (absolutio ab instantia) verlangen. Die Beschränkung der Hauptintervention gilt nicht in den Fällen der §§ 237 und 238.

d) Der Rechtsnachfolger kann gemäß § 63 dem Veräußerer als Nebenintervenient beitreten, ohne der Zustimmung des Gegners zu bedürfen. Seine Stellung würde wegen Abs. 3 des § 236 nach § 66 zu beurteilen sein, wenn nicht das Gegenteil in Abs. 2 bestimmt wäre; diese Bestimmung bezweckt, die Durchführung des Verbots der Prozeßübernahme zu sichern. Die Rechte des Nebenintervenienten sind also in diesem Falle nach § 64 zu bemessen. Die Bestimmung des § 236 über die Stellung des Nebenintervenienten gilt nicht im Falle des § 237, wohl aber im Falle des § 238.

e) Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst — d. i. wenn und soweit sie über den Anspruch oder das festzustellende Rechtsverhältnis einen Spruch enthält, nicht aber, wenn sie die Klage aus prozessualischen Gründen zurückweist, und nicht bezüglich des Kostenpunktes — gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Der Gegner kann also auch dem Rechtsnachfolger gegenüber auf die rechtskräftig gewordene Entscheidung die exceptio rei iudicatae stützen. Folglich ist bezüglich des in dem Prozesse rechtshängig gewordenen Anspruchs oder Rechtsverhältnisses vor der rechtskräftigen Entscheidung die exceptio litis pendentis für und gegen den Rechtsnachfolger begründet. [Vgl. Gaupp I S. 471, Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 803, OLG. Braunschweig SA. XXXVI

Digitized by Google

Nr. 252.] — Das Urteil unter den ursprünglichen Parteien kann in der Hauptsache gegen den Rechtsnachfolger vollstreckt werden; es bedarf der Umstellung der Vollstreckungsklausel, vgl. §§ 665 bis 667, 670, 687, 704 Abs. 3 und RG. Entsch. VII S. 332, XX S. 423.

In der CPrO. ist nicht direkt ausgesprochen, daß die Entsch. auch für den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar sei. Gleichwohl ist anzunehmen, daß der Successor aus der zu Gunsten seines Auktors ergangenen Entscheidung die exc. rei iud. für sich herleiten, auch diese Entscheidung, nachdem er die Umstellung der Vollstreckungsklausel gemäß § 665—667 auf seinen Namen erwirkt hat, zu seinen Gunsten vollstrecken lassen kann. Die Rechtskraft einer günstigen Entscheidung für den Successor ist Konsequenz der Rechtskraft der ungünstigen Entscheidung. Dieselbe Entscheidung kann teilweise zu Ungunsten und teilweise zu Gunsten des Auktors lauten; sollte sie teilweise gegenüber dem Successor gelten und teilweise nicht? Auch dürfte sich [entgegen der gegen der von v. Savigny Syst. VI S. 470 f. und Windscheid Pand. II § 132 N. 3 vertretenen Meinung] schon für das frühere gem. Recht die Ausdehnung der exc. rei iud. auf diejenigen Singularsuccessoren der Parteien ergeben, deren Succession nach dem Prozeßbeginne, wenn auch vor dem Urteile erfolgte [vgl. l. 11 § 9 und 10 D. de exc. rei iud. 44, 2, Zimmermann Arch. f. c. Pr. XXXVI S. 57, Dernburg Pand. I § 155 N. 7, § 164 N. 5]. Daß der Rechtsnachfolger, auch wenn die Nachfolge vor dem Urteile liegt, die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf seine Person und damit die Vollstreckung des zu Gunsten des Auktors ergangenen Urteils verlangen kann, folgt einerseits aus der Natur der Succession als Eintritt in die Rechtsstellung des Vorgängers, andererseits aus dem Begriffe des Urteils als bloßer Deklaration. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 470, RG. 12. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 100 S. 333.] Der Rechtsnachfolger kann auch die Umstellung der Vollstreckungsklausel zu einem nur vorläufig vollstreckbaren Urteile verlangen [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 79].

Ausnahmen von der Ausdehnung der Rechtskraft enthält § 238.

5. Auf die Schuldübernahme bezieht sich § 236 nicht [RG. 29. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1113].

§ 237.

Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

Mot. S. 187—191. KPr. S. 59, 530.

Litteratur s. § 236 Bem. Nr. 1.

1. Die Motive bemerken, daß § 237 „der schon im römischen Rechte (vgl. Wetzell Ausg. III S. 44 N. 8) zum Ausdrucke gebrachten Anschauung, daß das Grundstück als das berechtigte oder verpflichtete Subjekt und der Besitzer (Eigentümer, Vasall, Erbpächter u. s. w.) als dessen Vertreter anzusehen sei, kongruiere (vgl. nordd. Prot. II 570, 571)".

2. § 237 bezieht sich auf Rechtsstreite, in denen Grunddienstbarkeiten, persönliche Dienstbarkeiten zu Lasten eines Grundstücks, Emphyteuse, Superfizies, Hypothekenrechte, Lehensrechte oder obligatorische, an das Eigentum oder den Besitz einer unbeweglichen Sache geknüpfte Rechte und Lasten, z. B. die Ansprüche des Grundeigentümers und gegen den Grundeigentümer nach den Regeln über die a. aquae pluv. arc. [vgl. Burckhard die

Digitized by Google

a. a. pl. a. S. 403 N. 49], Ansprüche aus Reallasten, Bodenzinsen ꝛc., geltend gemacht oder bestritten werden. „Besitzer" ist hier nicht gegensätzlich zu Eigentümer zu verstehen, bezeichnet vielmehr zunächst den Eigentümer und umfaßt alle durch ihr Verhältnis zur Sache, sei dies Eigentum oder publicianischer Besitz oder Erbpacht oder gutgläubiger Besitz ꝛc. ꝛc., aktiv oder passiv zum Prozeß Legitimierten.

3. Der Rechtsnachfolger ist unabhängig von der Einwilligung seines Auktors und des Gegners **berechtigt**, den Rechtsstreit zu übernehmen. Will er dies thun, so muß er es in einem Termine zur mündlichen Verhandlung erklären. [AM. Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 131.] Ist ein Termin z. m. V. bereits bestimmt, so kann der Nachfolger die Übernahme des Prozesses in diesem Termine erklären. Ist kein Termin bestimmt, so kann der Rechtsnachfolger einen Termin zur Abgabe jener Erklärung und weiteren Verhandlung bestimmen lassen und die beiden Prozeßparteien dazu laden. In dem einen wie in dem anderen Falle ist für den Anwaltsprozeß die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Zustellung eines Schriftsatzes, worin die Absicht des Eintritts in den Prozeß angekündigt wird, instruktionell geboten. Wird in dem Termine, in dem der Rechtsnachfolger die Übernahme des Prozesses erklärt, von den beiden bisherigen Parteien die Rechtsnachfolge zugestanden, so bedarf es keiner Entscheidung; der Nachfolger führt den Prozeß in der Rechtslage, worin er sich zur Zeit seines Eintritts befindet, weiter. Wird die Rechtsnachfolge bestritten, so liegt ein Streit vor, der mit der Hauptintervention Ähnlichkeit hat. Es ist ein Streit über materielles Recht, daher kein Zwischenstreit. [Vgl. Kohler a. a. O. S. 135 f. AM. Schollmeyer Zwischenstreit S. 115 ff.] Der Dritte hat die Rechtsnachfolge zu beweisen, nicht bloß nicht glaubhaft zu machen [RG. 20. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 79 S. 398]. Die Entscheidung, die das Begehren des Dritten, den Prozeß übernehmen zu dürfen, abweist, ist als Aberkennung der legitimatio ab causam ein Endurteil, daher selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar. Die Entscheidung, die die Übernahme gestattet, ist gegenüber dem Veräußerer Endurteil, weil sie ihm die legit. ad causam abspricht; gegenüber dem Gegner aber Zwischenurteil, weil sie nur einen Teil des Prozeßstoffs erledigt [vgl. RG. Entsch. XXI S. 397]. Der Veräußerer kann also das Urteil selbständig anfechten, der Gegner erst mit dem Endurteile. Erscheint in dem Termine, für den der Rechtsnachfolger die Erklärung, den Prozeß übernehmen zu wollen, angekündigt hat, der Rechtsnachfolger nicht, so ist gegen ihn kein Versäumnisurteil möglich; denn er ist noch nicht Partei, ehe er in mündlicher Verhandlung den Prozeß übernommen hat. [Vgl. Gaupp I S. 474. AM. P. Mayer a. a. O. S. 332.] Erscheint in jenem Termine der Gegner nicht, so ist auf Antrag des Rechtsnachfolgers unter Annahme des Zugeständnisses der Rechtsnachfolge ein Versäumnisurteil gegen den Gegner zu erlassen. Dieses Versäumnisurteil ergeht, wenn nach der Prozeßlage noch ein Versäumnisurteil zur Hauptsache möglich ist, als Versäumnisurteil zur Hauptsache nach § 295 oder § 296. [Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 114, Troll Versäumnisurteil S. 159 N. 1, P. Mayer a. a. O. S. 331.]

4. Der Rechtsnachfolger ist auf Antrag des Gegners **verpflichtet**, den Rechtsstreit zu übernehmen. Will der Gegner den Rechtsnachfolger dazu nötigen, so muß er ihn zu einem Termine zur mündlichen Verhandlung laden (Frist: § 194) und ihm dabei einen Schriftsatz zustellen, worin er dessen Rechtsnachfolge behauptet und einen Antrag gegen ihn ankündigt. [AM. Kohler S. 140.] Bestreitet der als Rechtsnachfolger Geladene in diesem Termine die Rechtsnachfolge nicht, so wird der Rechtsstreit gegen ihn fortgesetzt; der Vormann wird ohne Entscheidung aus dem Prozesse entlassen. Bestreitet der Geladene die Rechtsnachfolge, so ist darüber zu entscheiden. Die Beweislast trifft den Gegner. Für die

Digitized by Google

Entscheidung gilt das in Bem. 3 Gesagte in entsprechender Anwendung. Die Entscheidung, die die Verpflichtung zur Übernahme des Prozesses verneint, ist Endurteil, daher selbständig durch Berufung und Revision anfechtbar; die Entscheidung, die die Verpflichtung bejaht, ist im Verhältnisse zwischen dem Rechtsnachfolger und dem Gegner Zwischenurteil, daher nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteile anfechtbar [RG. 26. April 1884 Entsch. XI Nr. 72 S. 318]. Versäumt der zur Übernahme des Prozesses Geladene den Termin, so ist auf Antrag des Gegners unter Annahme des Zugeständnisses der Rechtsnachfolge ein Versäumnisurteil zur Sache (nicht Versäumniszwischenurteil über die Verpflichtung zur Prozeßübernahme!) zu erlassen. Bleibt der Gegner, der zur Übernahme des Prozesses geladen hat, aus, so kann der Rechtsnachfolger den Prozeß durch seine Erklärung im Termine übernehmen und gegen den Gegner ein Versäumnisurteil zur Sache erlangen. [Vgl. P. Mayer a. a. O. S. 332 f.]

5. Von dem Zeitpunkte an, wo der Rechtsnachfolger freiwillig oder gezwungen den Rechtsstreit übernimmt, hört der Veräußerer auf, Prozeßpartei zu sein. Der Rechtsstreit wird auf den Namen des Rechtsnachfolgers fortgeführt. Die Entscheidung hat nicht Rechtskraft gegen den Veräußerer. Auch im Kostenpunkte ist das Urteil auf den Rechtsnachfolger zu stellen. Wird der Rechtsnachfolger in die Kosten verurteilt, so haftet er dem Gegner und der Staatskasse auch für Ersatz der Kosten der früheren Periode. An den Ausgeschiedenen kann sich der Gegner nicht halten, wenn er die Übernahme des Prozesses beantragt oder dazu eingewilligt hat. Erfolgte die Übernahme gegen seinen Willen, so ist ein Anspruch auf die Kosten der früheren Prozeßperiode gegen den Ausgeschiedenen begründet, weil ein Dritter nicht gegen den Willen des Gläubigers an Stelle des ursprünglichen Schuldners gesetzt werden kann. Dieser Anspruch kann aber nur in einem besonderen Prozesse verfolgt werden (vgl. nordd. Prot. S. 568, 775).

Fand in den Fällen des § 237 keine Succession in den Prozeß statt, so gilt die Regel des § 236 Abs. 3.

§ 238.

Die Bestimmungen des § 236 Abs. 3 und des § 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder cediert hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

Mot. S. 187—189, 191, 192. KPr. S. 61—63, 530.

1. Litteratur außer der in Bem. 1 zu § 236 angegeben: Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 803 ff., Kohler Ztschr. f. d. CPr. XII S. 145 ff. — Die ausnahmslose Durchführung der Bestimmungen des § 236 Abs. 3 und des § 237 würde zu einer Kollision führen mit den Vorschriften des materiellen Rechts, die darauf hinauslaufen, daß der Erwerb von beweglichen oder unbeweglichen Sachen und von Rechten unter gewissen Voraussetzungen unabhängig von einem Mangel im Rechte des Vormanns sein soll, sowie nicht minder zur Kollision mit solchen Vorschriften, die dem gutgläubigen Erwerber gewisse Rechtspositionen unabhängig von dem Rechte des Vormanns gewähren. § 238 bestimmt daher, daß § 236 Abs. 3 und § 237 insoweit cessieren, als ihnen entgegenstehen:

a) Vorschriften des materiellen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen. Hierher gehören die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, die auf dem Grundsatze „Hand wahre Hand" beruhen. Solche enthalten HGB. Art. 306, 307 [vgl. Goldschmidt Handb.

Digitized by Google

des Handelsrechts I S. 802 ff. und Ztschr. f. d. ges. HR. VIII S. 225 ff., IX S. 1 ff., S. 269 ff., XVIII S. 337 ff.], preuß. ALR. I 15 §§ 42 ff., I 2 § 138 und C. c. art. 2279. Die Vorschrift der l. 2, 3 C. de quadr. praescr. 7, 37 über den Rechtserwerb bei Veräußerungen des Fiskus und des Landesherrn ist nicht hierher zu rechnen.

b) Vorschriften des materiellen Rechts über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs, wie preuß. Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 §§ 1, 4, 7, 9, 11, 18, 38; preuß. Grundbuchordnung vom gleichen Datum §§ 19, 46; bay. Hypothekengesetz v. 1. Juni 1822 §§ 1, 9—15, 21, 25, 26; bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §§ 276, 387, 429; württemb. Pfandgesetz 1825 Art. 57, 65 ff., 72, 74 ff., 88; rev. Stadtbuchordnungen für Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz v. 21. Dezember 1857 §§ 36, 37; mecklenb. Hypothekenordnung für ritterschaftliche Landgüter v. 12. Nov. bezw. 22. Dez. 1819, revidiert 18. Okt. 1848, § 8; großh. sächs. Gesetz über das Recht an Faustpfändern und Hypotheken v. 27. Mai 1809 §§ 207—209 ꝛc.

c) Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, z. B. die Bestimmung des preuß. Rechts (ALR. I 15 §§ 24—26, 44), daß der gutgläubige Erwerber einer Sache zur Herausgabe nur gegen Ersatz des ausgelegten Kaufpreises verpflichtet ist.

2. Soweit es für den Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Rechte des Vormanns nicht ankommt, wird der Erwerber durch den von seinem Vormanne geführten Prozeß über die erworbene Sache oder den erworbenen Anspruch nicht berührt. Soweit die Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz des Kaufpreises gefordert werden kann, ist der gutgläubige Erwerber zur Herausgabe ohne Ersatz nicht verpflichtet, auch wenn sich die Sache im Streite befand [vgl. Entsch. des preuß. OTr. XXX S. 204]. Insoweit cessiert Abs. 3 des § 236. Wenn die Erstreckung der Rechtskraft cessiert, so cessiert auch die Einrede der Rechtshängigkeit; der Erwerber kann noch vor Beendigung des Prozesses zwischen seinem Vormann und dem Gegner von diesem belangt werden und gegen ihn klagen.

3. Soweit die angeführten Vorschriften des bürgerlichen Rechts dem Erwerber eine von dem Rechte des Vormanns unabhängige Rechtsstellung gewähren, cessiert auch § 237. Der Erwerber ist also weder berechtigt noch verpflichtet, unter den Voraussetzungen des § 237 den Prozeß zu übernehmen. Wenn nur die Pflicht, nicht auch die Berechtigung zur Prozeßübernahme cessierte, so könnte der Gegner genötigt werden, den Prozeß mit einer Partei fortzuführen, die selbständige, von den Rechten des Vormanns unabhängige Rechte hätte.

4. Der erste Satz des § 236 Abs. 2 ist modifiziert durch den Schlußsatz des § 238. Insoweit, als die in § 238 erwähnten Vorschriften der Anwendung des § 236 Abs. 3 im Wege stehen, kann der Beklagte dem Kläger, der veräußert oder cediert hat, den Einwand entgegensetzen, daß er jetzt nicht mehr zur Sache legitimiert sei. Dieser Einwand führt, da das Recht des Klägers im Zeitpunkte der Urteilsfällung vorhanden sein muß, zur Abweisung der Klage durch Endurteil. — Die Worte „welcher veräußert hat" beziehen sich auch auf die Veräußerung von Inhaberpapieren (vgl. HGB. Art. 307) und auf die Wechselindossierung; die Worte „welcher cediert hat" auch auf die Cession von Hypotheken- und Grundschuldforderungen. Auf Cession eines Wechsels bezieht sich der ganze § 238 nicht, weil dem Wechselcessionar alle Einreden aus der Person des Cedenten entgegenstehen.

Wird von dem Beklagten der Einwand der mangelnden Sachlegitimation nicht erhoben, so geht der Prozeß weiter, wie wenn keine Veräußerung stattgefunden hätte.

Digitized by Google

Nicht berührt sind die Vorschriften in Satz 2 und 3 des Abs. 2 des § 236: „Der Rechtsnachfolger ꝛc. — bis — Anwendung." Sie gelten also auch in den Fällen des § 238.

5. Die in § 238 enthaltenen Beschränkungen der Vollstreckbarkeit des Urteils gegen den Rechtsnachfolger kommen auch zur Anwendung, wenn die Veräußerung nach Beendigung des Rechtsstreits stattgefunden hat. Vgl. § 665.

§ 239.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 190 mit der Erhebung der Klage ein.

Mot. S. 188, 189. KPr. S. 75, 76, 535.

1. Über die Wirkungen des Prozeßbeginns nach gem. Rechte vgl. Keller Litiskontestation und Urteil, Wächter Erörterungen 2. u. 3. Heft, Buchka Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis, v. Savigny Syst. VI S. 48 ff., Wetzell Syst. § 14, Windscheid Pand. I §§ 124—126, 128, v. Vangerow Pand. I § 160, Arndts Pand. § 113 Anm. 4, Puchta Pand. § 96, Sintenis Civilrecht I § 33, Dernburg Pand. I § 154, Unger öst. Priv.-Recht II §§ 227, 228.

2. Übersicht: a) Vererblichkeit sonst unvererblicher Ansprüche auf die Erben des Berechtigten und des Verpflichteten. b) Unterbrechung der Klagenverjährung. Welche Wirkung diese Unterbrechung hat, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte [RG. 2. März 1894 Entsch. XXXII Nr. 88 S. 357]. c) Nichteinrechnung der Zeit nach dem Prozeßbeginne in die Ersitzungszeit des Beklagten. d) Steigerung der Ersatzpflicht des Beklagten im Falle des Untergangs oder der Wertminderung der eingeklagten Objekte. e) Steigerung der Haftung des Beklagten für Früchte. f) Haftung für Prozeßzinsen. g) Ausübung eines dem Kläger zustehenden Wahlrechts. Der Kläger kann, er muß nicht, in der Klage wählen; wählt er in der Klage, so ist das Wahlrecht ausgeübt im Momente der Zustellung der Klage. h) Konzentration des Klagerechts bei aktiver Korrealobligation und in Fällen der l. 33 D. de leg. I, l. 11 § 21 D. de leg. III. — Die Streitfragen darüber, ob die einzelnen Wirkungen mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht oder mit der Behändigung an den Beklagten oder erst mit der Klagebeantwortung eintreten, sind beseitigt. Nach § 239 treten alle diese Wirkungen mit der Zustellung der Klageschrift ein, unbeschadet, der nur für die Wirkungen ad b und c bedeutsamen Vorschrift des § 190.

Der Zeitpunkt der Klagerhebung kommt ferner in Betracht, insoweit der Satz gilt, daß der klägerische Anspruch z. B. des Prozeßbeginns begründet sein muß. Darüber, ob und inwieweit dieser Satz gelte, s. Windscheid I § 128 Nr. 2, wo die Litt. angegeben ist, Dernburg Pand. I § 154. Tritt bei betagten oder bedingten Ansprüchen die Fälligkeit oder die Bedingung nach der Klagerhebung, aber vor der Urteilsfällung ein, so muß verurteilt werden [RG. 30. Apr. 1880 Entsch. I Nr. 153 S. 425, 6. Okt. 1880 Bl. f. RA. III Erg.Bd. S. 82, 20. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 124 S. 415, 11. Apr. 1894 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 319, OLG. Braunschweig SA. XXXVII Nr. 152, OLG. Celle eod. Nr. 153]; ob der Beklagte die Kosten erstatten muß, ist eine andere Frage (vgl. § 89).

Die Vorschrift des gemeinen Rechts, daß »qui liti se optulit«, gleich dem wirklichen Besitzer hafte (l. 45 D. de H. P. 5, 3, l. 25—27 pr. D. de R. V. 6, 1), gehört nicht zu den Wirkungen der Rechtshängigkeit, da erst die Klagebeantwortung jene Wirkung nach sich zieht.

Digitized by Google

3. Die in Betracht kommenden, teilweise modifizierten Bestimmungen des preuß. Rechts sind ALR. I 7 § 222; I 9 §§ 551—556, 603—610; I 11 §§ 1158, 1159; I 16 § 71. AGO. I § 48d. Vgl. Dernburg preuß. PrR. I §§ 130, 131, 133, Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 51.

§ 240.

Als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Änderung des Klagegrundes

1) **die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;**
2) **der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;**
3) **statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.**

Mot. E. 187, 188, 232. KPr. E. 79, 540—543.

1. Litteratur: Kühne Verh. d. XIII Jur.Tags I S. 216 ff., Kleinschrod über die Klagänderung (1879), Bollinger z. Rev. d. L. v. d. Klagänderung (Zürich 1886), R. Schmidt die Klagänderung (Leipzig 1888), dazu Leonhard in Gött. Gel. Anz. 1889 Nr. 16 S. 640 ff.; Wach Vortr. S. 140 f., Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 422 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 409, Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 170 ff., Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 395 ff., Hahn Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 517 ff., Wach eod. S. 769 ff., Petersen Sächs. Arch. f. BR. u. Pr. II S. 65 ff. u. S. 129 ff., Fischer das Problem der Identität und der Neuheit (Breslau 1893, aus der Bresl. Festg. zu Iherings Jubiläum) S. 36 ff.

2. Aus den Bestimmungen des § 240 darüber, was als Änderung der Klage nicht anzusehen ist, ergiebt sich, daß eine Klagänderung bei Änderung des Klagegrundes und bei jeder nicht unter § 240 Nr. 2, 3 fallenden Änderung des Antrags vorliegt.

Änderung des Klagegrundes. Aus der in Bem. Nr. 3 IV zu § 230 vertretenen Ansicht über Klagegrund folgt, daß eine Klagänderung vorliegt, wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung ein anderes als das in der Klage angegebene Rechtsverhältnis geltend macht. Das eine Rechtsverhältnis kann von dem anderen in subjektiver Beziehung oder in einem wesentlichen objektiven Merkmale verschieden sein. Es ist in subjektiver Beziehung verschieden, wenn ohne Rechtsnachfolge an Stelle einer Prozeßpartei eine andere gesetzt wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn die von A im eigenen Namen erhobene Klage auf den B als Vertretenen oder die gegen die Ehefrau erhobene Klage gegen den Ehemann umgestellt wird. Auch wenn die gegen eine offene Handelsgesellschaft erhobene Klage nachträglich gegen die einzelnen Gesellschafter gerichtet wird, ist die Klage geändert; dies muß nicht bloß annehmen, wer die Handelsgesellschaft als ein eigenes Rechtssubjekt, sondern auch wer die Gesellschafter als Prozeßpartei betrachtet, weil es einen Unterschied macht, ob die Schuld eine Gesellschafts- oder eine persönliche Schuld des Gesellschafters ist [vgl. KG. Berlin SA. XLIV Nr. 56, OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 140]. Verschiedenheit der objektiven Merkmale, also Klagänderung, liegt vor, wenn die für die Besonderheit (Individualität) des in der Klage behaupteten Rechtsverhältnisses maßgebenden Angaben durch andere ersetzt werden. — Kasuistik und Entscheidungen: Keine Klagänderung liegt in der Geltendmachung eines anderen Erwerbsgrundes zu dinglichem Rechte. Vgl. die in Bem. Nr. 3 IV zu § 230 cit. Litt. und Rechtsprechung. Speziell bezügl. der für die Klagänderung gezogenen Folgerung aus der dort

Digitized by Google

vertretenen Ansicht vgl. R. Schmidt a. a. O. S. 187 u. 216. AM. RG. Entsch. X S. 434, XI S. 242, OLG. Celle, Hamburg, Jena SA. XXXVII Nr. 155, XXXIX Nr. 145, XLI Nr. 65. — Keine Klagänderung, wenn von positiver Feststellungs- zur Leistungsklage übergegangen wird und umgekehrt. [Vgl. Weismann Feststellungskl. S. 163, Bähr Urt. d. RG. S. 155, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 395, Schollmeyer Komp.Einrede S. 156, R. Schmidt a. a. O. S. 199, Wach Feststf.Anspr. S. 42 f., RG. 16. Jan. 1889 Entsch. XXIII Nr. 98 S. 419, 18. Febr. 1889 eod. Nr. 81 S. 349, 27. Juni 1889 SA. XLV Nr. 47, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LX S. 31. AM. Wilm. Levy N. 1, die den Übergang zur Leistungsklage nur unter der Voraussetzung des § 240 Nr. 3 zulassen.] Nach RG. 27. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 98 S. 346 ist es keine Klagänderung, wenn von negativer, auf Feststellung der Tilgung einer Schuld durch Aufrechnung gerichteter Feststellungsklage zur Leistungsklage bezüglich der aufgerechneten Forderung übergegangen wird. — Es ist keine Klagänderung, wenn die Klage aus einem Auftragsverhältnis von Leistung auf Rechnungsstellung umgestellt wird [RG. 29. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 410]. — Keine Klagänderung, wenn eine Anfechtungsklage nachträglich auf einen anderen als den zuerst geltend gemachten Thatbestand gestützt wird. [Vgl. Cosack Anfechtungsrecht S. 224. AM. Gaupp I S. 482 bei N. 14, RG. 19. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 77 S. 389, bay. ob. LG. Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 112.] — Keine Klagänderung, wenn ein Anspruch auf Schadensersatz zuerst auf Fahrlässigkeit dann auf Dolus gestützt wird: RG. 7. Dez. 1893 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 180. — Die auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde gerichtete Klage wird durch die Urkunde individualisiert; das Überspringen von der in der Klage bezeichneten auf eine andere Urkunde ist Klagänderung. — Die Wiederaufnahmeklagen individualisieren sich als Nichtigkeits- und Restitutionsklagen (§ 550); das Überspringen von einer zur anderen ist Klagänderung, nicht aber die Änderung des Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 551). — Die Klagen in Ehesachen individualisieren sich als Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, Scheidungsklage, Ungültigkeitsklage, Nichtigkeitsklage (s. Bem. Nr. 1 vor § 568); das Übergehen von einer zur anderen ist Klagänderung, aber diese ist durch § 574 in gewissem Maße gestattet (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 574). — Darüber, ob bei der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs von einem Aufhebungsgrunde zu einem anderen übergegangen werden kann, s. Bem. Nr. 1 zu § 867.

3. a) Zu Nr. 1: Ergänzung und Berichtigung der thatsächlichen Anführungen. Ergänzung ist sowohl die Detaillierung bereits aufgestellter als auch die Aufstellung neuer, den Klagegrund nicht verändernder thatsächlicher Behauptungen, z. B. bei dinglichen Klagen die Angabe des Erwerbsgrundes, bei einer Klage aus Darlehen die Behauptung des Anerkenntnisses der Schuld, bei einer Klage auf Alimentation auf Grund außerehelichen Beischlafs, die Behauptung eines Anerkenntnisses der Vaterschaft. Berichtigung ist nicht bloß die Korrektur von Schreibversehen, Rechnungsfehlern und ähnlichen Unrichtigkeiten, sondern jede Umstellung thatsächlicher Angaben, die den Klagegrund unverändert läßt, z. B. die Angabe eines anderen Erwerbsgrundes bei dinglichen Klagen, die Angabe eines anderen Datums des Vertragsschlusses bei Vertragsklagen, sofern kein anderes Vertragsverhältnis substituiert wird. Entscheidungen: War aus Darlehen geklagt, so liegt in der nachträglichen Behauptung, daß der Beklagte aus der Bereicherung hafte, keine Klagänderung: RG. 7. März 1883 Entsch. VIII Nr. 22 S. 91. — Keine Klagänderung, wenn in der Klage Darlehen als Schuldgrund angegeben und dies nachträglich dahin erläutert wird, daß der eine Darlehensschuld bezeugende Schuldschein für eine Deliktsschuld ausgestellt sei: RG. 22. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 122 S. 395. Der Entsch.

Digitized by Google

liegt franz. Civilrecht zu Grunde, wonach Umwandlung jeder Schuld in eine Darlehensschuld möglich ist. — Keine Klagänderung, wenn die erst auf einen Darlehensschuldschein gestützte Klage später auf ein dem Schuldscheine zu Grunde liegendes anderes Schuldverhältnis gestützt wird: RG. 14. Febr. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1196. Der Entscheidung liegt preuß. ALR. I 11 § 867 zu Grunde. — Klagänderung, wenn von actio redhibitoria zur Klage auf Nichtigkeit des Vertrags wegen Formmangels übergegangen wird: RG. 9. Okt. 1891 SA. XLVII Nr. 161. — Keine Klagänderung, wenn ein Schadensersatzanspruch aus Gew.Ord. § 105, der in der Klage auf das Fehlen einer Schutzvorrichtung gestützt war, nachträglich auf Untauglichkeit der Schutzvorrichtung gestützt wird: RG. 4. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 125 S. 417. — Keine Klagänderung, wenn die Ehefrau wegen Vermögensverfalls auf Zurückgabe des Vermögens klagt und nachträglich bezüglich des Eintritts des Vermögensverfalls von der Klage abweichende Angaben macht: RG. 15. Febr. 1889 Entsch. XXII N. 45 S. 219. — Keine Klagänderung, wenn die auf neg. gestio gestützte Klage nachträglich mit Anerkennung der Schuld begründet wird: RG. 23. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 82 S. 391. — Keine Klagänderung, wenn behauptet wird, daß der Beklagte als offener Handelsgesellschafter den Vertrag schloß, nachdem er zuerst als persönlicher Kontrahent genannt war, solange der Antrag nicht auf die Gesellschaft umgestellt wird: OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 140. — Nach RG. 9. Apr. 1891 SA. XLVII Nr. 162 soll Klagänderung vorliegen, wenn statt angemessener Vergütung ein vereinbarter Preis für gelieferte Arbeiten gefordert wird, was wohl unrichtig ist. — Keine Klagänderung, wenn die Fälligkeit des eingeklagten Kapitals auf einen erst im Laufe des Prozesses eingetretenen Verzug der Zinszahlung gestützt wird: OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 184. — Keine Klagänderung, wenn die Fälligkeit eines Kapitals zuerst aus Verzug der Zinszahlung, dann aus Kündigung hergeleitet wird: RG. 11. Apr. 1894 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 318 und SA. L Nr. 48.

b) Zu Nr. 1: Ergänzung und Berichtigung der rechtlichen Anführungen, das ist der Rechtssätze, worauf die Klage gestützt wird. Auch Hervorhebung neuer rechtlicher Gesichtspunkte und Veränderung der Rechtsdeduktionen gehört hierher. Entscheidung: Keine Klagänderung, wenn die zuerst auf Gew.Ordn. § 120 gestützte Klage nachträglich auf Haftpflichtgesetz § 2 gestützt wird: RG. 23. März 1888 SA. XLIV Nr. 57.

c) Zu Nr. 2: Erweiterung des Klagantrags (s. Bem. Nr. 3 Ziff. V zu § 230) in der Hauptsache und in Nebenforderungen, soweit dies ohne Änderung des Klagegrundes möglich ist. Es können z. B. weiter verfallende Raten aus demselben Verpflichtungsgrunde, neue Schadensansprüche aus derselben Ersatzverpflichtung, es können Ansprüche auf Zinsen, Früchte, Zuwachs ꝛc., die als Nebensachen in Betracht kommen, angefügt werden u. s. w. Die Erweiterung kann nicht bloß durch Anfügung neu entstandener Ansprüche geschehen, sondern auch durch Steigerung des ursprünglichen Anspruchs. Z. B. in der Klageschrift wurden als angemessene Mitgift 1000 Mark verlangt, der Kläger verlangt im Laufe des Prozesses 2000 Mark oder der Kläger berechnet seinen Schaden höher als in der Klageschrift [vgl. RG. 16. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 106 S. 426]. Wegen der Klagerweiterung durch Präjudizialzusatzklage s. § 253. Wegen der durch Klagerweiterung eintretenden Kompetenzverschiebung s. § 467. — Nach Anfecht.Ges.. v. 21. Juli 1879 § 13 kann der Konkursverwalter den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Anfechtungsprozeß an Stelle des Anfechtungsgläubigers aufnehmen und den Anspruch nach den Vorschriften der KO. §§ 30, 32, 34 in Gemäßheit der §§ 240, 491 der CPrO. erweitern.

d) Zu Nr. 2: Die Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen kann auf teilweisen Verzicht oder auf teilweise Zurück-

Digitized by Google

nahme der Klage hinauslaufen. Die Wirkungen des Verzichts sind nach § 277, die Zulässigkeit und die Wirkungen der Zurücknahme der Klage nach § 243 zu beurteilen. Wenn § 240 Nr. 2 bestimmt, daß Beschränkung des Antrags nicht unter den Begriff der ohne Einwilligung des Beklagten zulässigen Klagänderung fällt, so ist damit nicht gesagt, daß die teilweise Zurücknahme der Klage nach Einlassung des Beklagten ohne dessen Einwilligung zulässig sei; vielmehr kann der Beklagte Teilurteil zur Sache verlangen [vgl. Gerbaulet Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 517, OLG. Celle SA. XLVIII Nr. 141]. — Die Beschränkung des Klagantrags ändert nichts an der vorhandenen Zuständigkeit. — Entscheidung: Ist eine Klage auf Ehescheidung erhoben, so ist der Antrag auf zeitweilige Trennung zulässige Beschränkung des Klagantrags: RG. 29. Mai 1853 Entsch. XI Nr. 110 S. 414.

e) Zu Nr. 3: Die Forderung eines anderen Gegenstandes oder des Interesses wegen einer später, d. i. nach Erhebung der Klage, eingetretenen oder dem Beklagten ohne sein Verschulden nicht früher bekannt gewordenen Veränderung [vgl. 16. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 81 S. 387]. Keineswegs ist allgemein der Übergang zu einem anderen Gegenstande oder zur Interesseforderung gestattet [vgl. RG. 4. Okt. 1889 SA. XLVI Nr. 139; mit a. neg. war auf Schadensersatz geklagt, die Umstellung auf Beseitigung des Eingriffs wurde als Klagänderung behandelt]. Ob statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert werden kann, ist nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. Beispiel: Übergang zur Interesseforderung ist zulässig, wenn der vindizierte Gegenstand zerstört oder die Leistung durch Schuld des Beklagten unmöglich geworden ist.

Ad a bis e: Indem die vorstehenden Modifikationen von dem Begriffe „Klagänderung" ausgenommen sind, sind sie dem Klagänderungsverbote des § 235 Nr. 3 und des § 489 entrückt. Über die Zulässigkeit einer Erweiterung des Klagantrags in der Berufungsinstanz vgl. Bem. Nr. 2 zu § 489 und Bem. N. 3 litt. a zu § 491.

4. Für den Fall des Ausbleibens des Beklagten im Verhandlungstermine ergiebt sich aus §§ 296, 300 Nr. 3: a) Der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils gegen den Beklagten ist, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen, zurückzuweisen, wenn sich dieser Antrag auf ergänzende oder berichtigende, dem Beklagten nicht rechtzeitig mitgeteilte thatsächliche Anführungen stützt. Dagegen ist die Ergänzung oder Berichtigung der rechtlichen Ausführungen auch in Abwesenheit des Beklagten zulässig. b) Der Antrag auf Erlassung eines dem in der mündlichen Verhandlung erweiterten Klagantrage entsprechenden Versäumnisurteils ist zurückzuweisen, auch wenn die Erweiterung dem Beklagten durch Schriftsatz angekündigt war; denn nach § 254 tritt die Rechtshängigkeit bezüglich der Erweiterung erst mit dem Vortrage in der mündlichen Verhandlung ein; der weitere Anspruch kann aber nicht in Abwesenheit des Gegners erhoben werden (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33). Dagegen ist Beschränkung des Klagantrags auch in Abwesenheit des Beklagten möglich.

5. Die Bestimmungen des § 240 finden auf die Widerklage entsprechende Anwendung.

§ 241.

Die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Änderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

Mot. S. 187, 188, 232. KPr. S. 79, 543.

1. In der ersten Instanz ist jede Klagänderung gestattet, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung einwilligt (§ 235 Nr. 3). Der Beklagte ist befugt, der Ände-

Digitized by Google

rung zu widersprechen. Diese Befugnis wird jedoch ausgeschlossen, wenn der Beklagte, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die abgeänderte Klage eingelassen hat. Die Präklusion des Widerspruchs wird in der CPrO. als fingierte Einwilligung behandelt [vgl. O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 47 ff., Wach Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 775 N. 4]; es treten nämlich bei Präklusion des Widerspruchs dieselben Wirkungen ein, wie bei der Einwilligung. Aber diese Wirkungen treten zufolge der Präklusion ein, ohne daß etwas darauf ankommt, ob der Beklagte einwilligen wollte oder nicht; sie sind daher auch nicht durch den Nachweis zu beseitigen, daß der Beklagte nicht habe einwilligen wollen. Unter Einlassung ist die mündliche Verhandlung zur Hauptsache zu verstehen. Über Verhandlung s. Bem. Nr. 2 zu § 298; über V. zur Hauptsache s. Bem. Nr. 2 zu § 39. Die Verteidigung mit prozeßhindernden Einreden gegen die abgeänderte Klage kann nicht als Einwilligung in die Änderung der Klage gelten, weil der Beklagte in diesem Falle nicht damit einverstanden ist, daß über die geänderte Klage ein Urteil zur Sache ergehe. [AM. Planck II S. 71 N. 22.] Der Widerspruch gegen die Änderung der Klage ist keine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247; der Beklagte hat nicht das Recht, sich auf die Rüge der Änderung zu beschränken. Unterläßt er die eventuelle Beantwortung der Klage, so setzt er sich der Gefahr aus, in dem Falle, daß das Gericht keine Klagänderung annimmt, gemäß §§ 296, 298 kontumaziert zu werden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298).

2. Hat der Beklagte in die Klagänderung eingewilligt oder ihr nicht rechtzeitig widersprochen, so wird über die ursprüngliche Klage nicht weiter verhandelt und nicht entschieden; sie ist zurückgenommen. Dagegen ist der in der neuen Klage geltend gemachte Anspruch durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung rechtshängig geworden (§ 254). Ist das Gericht für die geänderte Klage unzuständig, so kann durch vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit gemäß § 39 begründet werden, soweit nicht die Ausnahmen des § 40 Abs. 2 eingreifen. Die geänderte Klage kann von der Kammer für Handelssachen zur Kammer für Civilsachen verwiesen werden und umgekehrt (GVG. §§ 103, 104).

Widerspricht der Beklagte rechtzeitig der Klagänderung, so ist zu unterscheiden: a) Der Kläger steht von dem Versuche, die Klage zu ändern, ab und kehrt zu der ursprünglichen Klage zurück; dann ist nur über diese zu verhandeln und zu entscheiden. b) Der Kläger steht von dem Versuche, die Klage zu ändern, ab, erklärt aber, die ursprüngliche Klage nicht aufrecht zu halten. Darin kann Verzicht auf den Anspruch oder Zurücknahme der Klage gelegen sein; ob dies oder jenes, ist durch Fragen zu ermitteln. Die Wirkungen des Verzichts sind nach § 277, die der Zurücknahme nach § 243 zu beurteilen. c) Bestreitet der Kläger, daß die Klage geändert sei, so kann das Gericht durch Zwischenurteil (§ 275) entscheiden, daß keine Klagänderung vorliegt (unanfechtbare Entscheidung s. § 242); dann ist über die Klage zu verhandeln und zu entscheiden. Verweigert der Beklagte die Verhandlung, so kann ein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen. Wenn aber das Gericht entscheidet, daß eine Klagänderung vorliegt, so ist damit die in der mündlichen Verhandlung vorgetragene neue Klage durch absolutio ab instantia abgewiesen; nach dieser Richtung ist die Entscheidung Endurteil, daher selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar. Diese Entscheidung hat aber zugleich den Charakter eines Zwischenurteils für den Prozeß über die ursprüngliche Klage. Dieses Zwischenurteil stellt fest, daß über die alte Klage zu entscheiden ist. Noch kann sie der Kläger zurücknehmen, dann ist nach § 243 zu verfahren; er kann auf den in der ursprünglichen Klage geltend gemachten Anspruch verzichten, dann wird § 277 anwendbar [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 409.] Erfolgt weder Zurücknahme noch Verzicht, so kann der Beklagte verlangen, daß über die ursprüngliche Klage verhandelt und entschieden werde. Die Entscheidung erfolgt als Ver-

Digitized by Google

säumnisurteil, wenn der Kläger über die ursprüngliche Klage nicht verhandelt. Erläßt das Gericht darüber, ob eine Klagänderung vorliegt, keine besondere Entscheidung, sondern verschiebt die Entscheidung bis zum Endurteil, so müssen die Parteien ihre Verhandlung in der Art einrichten, daß sie für jede der zwei Eventualitäten — Annahme und Verneinung der Klagänderung — paßt. Wird Klagänderung angenommen, so ist die neue Klage zurückzuweisen und über die alte Sache zu urteilen. Wird keine Klagänderung angenommen, so wird einfach zur Sache entschieden. d) Bestreitet der Beklagte, daß der Widerspruch gegen die Klagänderung rechtzeitig erfolgt sei, so liegt ebenfalls ein Zwischenstreit vor, auf dessen Erledigung die ad c vorgetragenen Sätze entsprechend anzuwenden sind.

3. In Abwesenheit des Beklagten kann die Klage nicht geändert werden (Mot. S. 232, hann. Prot. XV S. 5540 ff., nordd. Prot. II S. 615, 632, 641). Auch wenn dem Beklagten die Absicht der Änderung vor dem Termine rechtzeitig mitgeteilt war, kann kein der Änderung entsprechendes Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen werden. Ist das Gericht der Ansicht, daß das mündliche Vorbringen, auf das der Kläger das gegen den Beklagten beantragte Versäumnisurteil gründet, eine Änderung der Klage enthalte, so hat es den Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen (§ 300 Nr. 1).

4. Die vorstehenden Bemerkungen sind auf die Änderung der Widerklage entsprechend anzuwenden; vgl. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 235.

§ 242.

Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Änderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.

KPr. S. 541—543.

1. § 242 wurde in der JK. d. RT. eingefügt, um den Streit darüber, ob eine Änderung der Klage vorliege, auf eine Instanz einzuschränken. Die in einem Zwischenurteile oder in den Gründen des Endurteils enthaltene Entscheidung, daß eine Änderung der Klage vorliege, ist durch Rechtsmittel nicht anfechtbar. Die höheren Instanzen sind an diese Entscheidung gebunden. Hat das Gericht der ersten Instanz die modifizierte Klage unter Negation einer Klagänderung zugelassen, aber schließlich auf Abweisung des Klägers erkannt, so kann der Beklagte die Frage, ob eine der nach § 240 zulässigen Modifikationen oder eine Klagänderung vorliege, auch nicht zu dem Zwecke der Aufrechthaltung des abweisenden Urteils der Kognition des Berufungsgerichts unterstellen [RG. 9. April 1881 Entsch. IV Nr. 117 S. 412].

2. Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts, die die Behauptung einer in zweiter Instanz vorgenommenen Klagänderung zurückweist, ist unanfechtbar. [Vgl. RG. 3. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 102 S. 372, 15. Febr. 1881, III Nr. 118 S. 415, 11. März 1881 IV Nr. 109 S. 391, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 80, SA. XLVII Nr. 242.]

3. Auf die Entscheidung, daß eine Änderung der Widerklage nicht vorliege, findet § 242 entsprechende Anwendung.

§ 243.

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Digitized by Google

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urteil auszusprechen.

Wird die Klage von neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

Mot. S. 192. KPr. S. 79, 543.

1. Litteratur: Lasker Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 614 ff., Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXVI S. 261 ff., Schultzenstein Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 229 ff., Birkmeyer Meckl. Ztschr. I S. 82 ff. und Rechtsfälle S. 1 ff. (dazu L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 477 ff.), Obermeyer Bl. f. RA. XLVI S. 469 ff., Eisenlohr Bad. Ann. LVII S. 254 ff., LVIII S. 143, 157, Roos eod. S. 238, 252, Planck I § 59.

2. Zurücknahme der Klage ist nicht mit Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch zu verwechseln; vom Verzichte handelt § 277. Die Zurücknahme der Klage ist die Erklärung, daß auf die Wirkungen der Klagerhebung verzichtet werde. Der Verzicht auf den Anspruch bezieht sich auf das in der Klage geltend gemachte Recht.

3. a) Mit Einwilligung des Beklagten kann die Klage zurückgenommen werden, solange der Prozeß nicht beendigt ist (wegen Beendigung des Prozesses s. Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu § 61), also noch nach Erlassung des Endurteils bis zu dessen Rechtskraft; ebenso in höherer Instanz. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1 S. 358, Gaupp I S. 488, Schultzenstein a. a. O. S. 236 ff. AM. Kohler der Prozeß als RV. S. 76, Troll Vers.Urt. S. 204. Vgl. a. RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 54 S. 353.]

b) Ohne Einwilligung des Beklagten kann die Klage zurückgenommen werden nur bis zum Beginne [über diesen Zeitpunkt vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 251 ff.] der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache (Einlassung). Wegen des Begriffs „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Wegen „Hauptsache" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 39. Die mit Prozeßeinreden verbundene, also bloß eventuelle Einlassung des Beklagten zur Hauptsache entzieht dem Kläger die Möglichkeit einseitiger Zurücknahme der Klage nicht. Auch wenn der Beklagte nach Einlassung zur Hauptsache eine nicht verzichtbare oder eine nach § 247 Abs. 3 zulässige Prozeßeinrede vorbringt, hat der Kläger wieder das Recht zur einseitigen Zurücknahme [vgl. Planck I S. 309 f.]. Hat der Beklagte gegen den nicht erschienenen Kläger ein Versäumnisurteil erwirkt, der Kläger aber Einspruch erhoben, so kann der Kläger in der Einspruchsverhandlung die Klage noch einseitig zurücknehmen, bis der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat; denn der Einspruch versetzt den Prozeß in die Lage vor der Versäumung zurück (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 295 und Bem. Nr. 1 zu § 307). Versucht der Kläger nach der Einlassung die Klage zurückzunehmen, so kann der Beklagte widersprechen und verlangen, daß über die Klage verhandelt und entschieden werde. Verhandelt der Kläger gleichwohl nicht, so kann der Beklagte gegen ihn ein Urteil nach § 295 begehren. — Die Frage, ob noch einseitige Zurücknahme der Klage zulässig ist, kann streitig werden; dann liegt ein Zwischenstreit vor. Die Entscheidung, daß die einseitige Zurücknahme zulässig sei, läuft darauf hinaus, daß dem Beklagten ein Urteil über die Hauptsache versagt wird; sie ist daher Endurteil und als solches mit Berufung und Revision anfechtbar. Die Entscheidung dagegen, daß die einseitige Zurücknahme nicht zulässig sei, ist Zwischenurteil; sie kann erst mit dem auf Grundlage dieser Entscheidung ergehenden Endurteile angefochten werden.

Digitized by Google

4. Der prozessualische Akt der Zurücknahme. a) Die Zurücknahme kann geschehen durch Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte. Die Erklärung ist zu Protokoll, im Verfahren vor den Land- und höheren Gerichten durch Anlage zum Protokoll, festzustellen (§§ 146 Nr. 2, 270). Ist einseitige Zurücknahme zulässig, so ist die Zurücknahme mit der Erklärung des Klägers vollzogen. Ist nur noch Zurücknahme mit Einwilligung des Beklagten zulässig, so wird die Zurücknahme erst durch die in der mündlichen Verhandlung erklärte Einwilligung perfekt. In diesem Falle ist auch die Einwilligung des Beklagten zu Protokoll festzustellen.

b) Die Zurücknahme kann auch geschehen durch Zustellung eines Schriftsatzes, worin die Zurücknahme erklärt wird, an den Beklagten. Die Zustellung ist nach den Regeln der §§ 152 ff. auszuführen. Ist einseitige Zurücknahme zulässig, so ist die Zurücknahme mit der Zustellung vollzogen; es bedarf keiner Annahmeerklärung des Beklagten. Ist nur noch Zurücknahme mit Einwilligung des Beklagten zulässig, so wird die Zurücknahme erst durch die in der mündlichen Verhandlung erklärte Einwilligung des Beklagten perfekt. Einwilligungserklärung durch Schriftsatz ist nicht vorgesehen. Die Vorschrift, daß eine Abschrift des zugestellten Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen sei, hat nur instruktionelle Bedeutung; die Gültigkeit der Zurücknahme ist dadurch nicht bedingt (vgl. § 124).

c) Sowohl für die Erklärung ad a wie für den Schriftsatz ad b besteht in Anwaltsprozessen Anwaltszwang.

5. Die Wirkungen der Zurücknahme der Klage. a) Der Rechtsstreit ist als nicht anhängig geworden anzusehen. Diese, eine Fiktion gebietende Bestimmung trifft den Kostenpunkt nicht. Beseitigt werden mit der ordnungsmäßigen Zurücknahme nur die übrigen Wirkungen der Rechtshängigkeit, sowohl die prozessualischen (§ 235) als die materiellrechtlichen (§ 239); es wird in dieser Beziehung die Rechtslage wiederhergestellt, wie sie vor der Klagerhebung war. [Vgl. RG. 4. Apr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 105 S. 394, wonach bei Zurücknahme der Klage die Unterbrechung der Verjährung als nicht geschehen gilt.] Der Prozeß ist, abgesehen vom Kostenpunkte, beendigt; die Möglichkeit, in diesem Prozesse ein Urteil über die Klage zu erhalten, ist beseitigt. Deswegen kann nach Zurücknahme der Klage weder gegen den Kläger noch gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil zur Sache erlassen werden; ist die Zurücknahme dem Gerichte amtlich bekannt geworden, so muß es sie von Amtswegen berücksichtigen und jeden Antrag auf Versäumnisurteil zurückweisen (§ 300 Nr. 1). [So auch Birkmeyer Rechtsfälle S. 10 N. 27, Obermeyer a. a. O. S. 369 ff., Schwalbach a. a. O. S. 263 N. 12, Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 244, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 17, L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 478 ff. AM. Hellmann Lehrb. S. 620.] Über die Wirkung der Zurücknahme auf die Widerklage und auf Inzidentanträge s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 33 und Bem. Nr. 4 litt. e zu § 253. Über die Wirkung der Zurücknahme einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage vgl. Bem. Nr. 1 zu § 558.

b) Der Kläger ist verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern darüber nicht bereits rechtskräftig erkannt ist. Wann über Kosten vor Beendigung des Prozesses rechtskräftig erkannt sein kann, ergiebt Bem. Nr. 4 zu § 87. Auf Antrag des Beklagten ist die Verpflichtung durch Urteil auszusprechen. Ist die Zurücknahme zu einer Zeit erfolgt, wo zu einem Verhandlungstermine geladen war (einerlei von welcher Partei), so kann der Antrag in diesem Termine gestellt werden; der Termin bleibt bestehen zur Verhandlung über den Kostenanspruch [AM. OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 451]. Der Antrag kann aber auch in einem neuen Termine, wozu der Beklagte zu laden hat,

Digitized by Google

gestellt werden. Die Entscheidung, die den Kläger in die Kosten verurteilt, ist, auch wenn der Kläger den Termin versäumt, kein Versäumnisurteil; denn sie ergeht nicht auf Grund einer Versäumnisfolge, sondern auf Grund der Zurücknahme der Klage. Ob gültige Zurücknahme vorliegt, ist von Amtswegen zu prüfen. [So auch Birkmeyer Rechtsfälle S. 15 ff., L. Seuffert a. a. O. S. 482 ff., Troll Vers.Urt. S. 90 ff. AM. Eisenlohr a. a. O., Planck I S. 310 N. 15, RG. 11. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 110 S. 365 f.] Die Entscheidung ist unanfechtbar; näheres s. Bem. Nr. 3 zu § 94. — Die Verhandlungsgebühr des Rechtsanwalts ist nach den Kosten, nicht nach der Hauptsache, zu bemessen [RG. 19. April 1882 SA. XXXVIII Nr. 60; vgl. a. RG. 5. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 108 S. 357].

c) Der Beklagte kann die Einlassung auf die von neuem erhobene Klage verweigern, bis ihm die Kosten des Prozesses, worin die gleiche Klage zurückgenommen wurde, vollständig erstattet sind. Diese Verteidigung steht ihm auch gegen die Rechtsnachfolger des Klägers, folglich auch gegen den Gläubiger zu, dem der Anspruch zur Einziehung überwiesen wurde [RG. 22. Febr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 87 S. 359]. Die der neuen Klage entgegengesetzte Verteidigung, daß die Kosten des früheren Prozesses noch nicht erstattet seien, ist in § 247 Nr. 5 als prozeßhindernde Einrede behandelt und führt zur Zurückweisung der Klage. Dieser Verteidigung kann sich der Beklagte auch bedienen, wenn ihm im früheren oder im neuen Prozesse das Armenrecht bewilligt ist [vgl. Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXI S. 414 f., Neffel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 62, RG. 28. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 94 S. 421]. Die Verteidigung kann aber durch exc. doli elidiert werden, wenn der Beklagte vom Kläger durch falsche Vorspiegelungen zur Zurücknahme der Klage veranlaßt wurde [RG. 28. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 29 S. 422] oder wenn der Beklagte die Kosten des früheren Prozesses übernahm. Die Verteidigung setzt nicht voraus, daß in Bezug auf die Kosten die Zwangsvollstreckung versucht wurde.

d) Die Wirkungen der Zurücknahme der Klage sind gleich, mag die Zurücknahme einseitig oder mit Einwilligung des Beklagten geschehen sein.

e) Dieselben Wirkungen wie bei freiwilliger Zurücknahme der Klage treten ein, wenn eine Klage gemäß § 105 der CPrO. oder HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2 durch Urteil für zurückgenommen erklärt wird. Über solches Urteil s. Bem. Nr. 3 zu § 105.

6. Die Bestimmungen des § 243 finden auf Widerklagen entsprechende Anwendung [so auch Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 142. AM. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 365]. Da die Rechtshängigkeit des mit der Widerklage geltend gemachten Anspruchs erst in der mündlichen Verhandlung eintritt (§ 254), so ist vorher keine Zurücknahme möglich.

7. Die Vereinbarung der Parteien über Zurücknahme der Klage ist noch keine Zurücknahme, hat also nicht die Wirkungen des § 243 Abs. 3, 4. Erst wenn der Kläger auf Grund der Vereinbarung den Zurücknahmeakt vollzieht, treten diese Wirkungen ein. Aus der Vereinbarung kann möglicherweise ein materieller Einwand gegen den Anspruch, aber kein prozessualischer Einwand gegen die Fortsetzung des Prozesses geschöpft werden. Der Beklagte kann den Kläger auf Zurücknahme verklagen, das verurteilende Erkenntnis ersetzt die Zurücknahmeerklärung (§ 779).

§ 244.

Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

Mot. S. 192, 193. KPr. S. 79, 543.

Digitized by Google

Die Frist zur Klagbeantwortung hängt von dem Zeitraume zwischen der Zustellung der Klage und dem Termine ab. Wird die Einlassungsfrist abgekürzt, so kürzt sich entsprechend die Frist zur Klagbeantwortung. Vgl. a. § 204 Abs. 2. Wegen Nichtbeobachtung des § 244 vgl. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 245.

Insoweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzuteilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzuteilen sind.

Mot. S. 192, 193. KPr. S. 79, 543.

Aus den Motiven: „Das Gesetz geht von der Annahme aus, daß regelmäßig zwei Schriftsätze — die Klage und die Klagbeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung vorzubereiten. Für den Fall, daß diese Schriftsätze nicht genügen, trifft der § 245 Vorkehrung ..... Daß (sc. bei der in § 245 vorgeschriebenen Mitteilung) die Frist des § 128 eingehalten werde, ist nicht geboten: die Mitteilung ist rechtzeitig, wenn sie so zeitig erfolgt, daß vor der mündlichen Verhandlung die Vorbereitung auf das neue Vorbringen beschafft werden kann (hann. Prot. XV S. 5424 bis 5426, XVII 6385—6391, 6646, 6716, 6717, nordd. Prot. II S. 545, 546)."

Auch bei der Bestimmung der Fristen nach Abs. 2 ist das Gericht nicht an die Vorschriften des § 123 gebunden. Wegen Nichtbeachtung des § 245 s. Bem. Nr. 3 zu § 120.

§ 246.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

Mot. S. 19—25, 193. KPr. S. 79, 543.

Die allgemeinen Vorschriften s. §§ 127—156. Vgl. dazu §§ 269, 270.

§ 247.

Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:

1) **die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,**
2) **die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,**
3) **die Einrede der Rechtshängigkeit,**
4) **die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten,**
5) **die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,**
6) **die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.**

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht

Digitized by Google

verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

Mot. S. 29, 30, 193—195. EPr. S. 79, 80, 543.

1. Litteratur: O. Bülow d. L. v. d. Prozeßeinreden u. die Prozeßvoraussetzungen (1868), darüber Planck Kr. VJSchr. XI S. 161 ff. und Neffel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 44 ff. Angaben älterer Litt. s. v. Canstein Grundlagen S. 304 N. 4. Litt. z. CPrO.: Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. I S. 47 ff., II S. 518 ff., IV S. 497 ff., XII S. 441 ff., Petersen eod. II S. 161 ff., III S. 203 ff., Osterloh eod. III S. 43 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 229 ff., Schwalbach eod. 390 ff., Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis ꝛc. ꝛc. (1881), Meckl. Ztschr. II S. 188, Rechtsfälle S. 153 u. Grundriß S. 121 f.; Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 173 N. 227, Leonhard eod. S. 403 ff., v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 59 ff., Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 285 ff., Kroll Klage und Einrede S. 261 ff., Weismann Hauptintervention S. 84 ff., Hellmann Lehrb. S. 422 ff., Planck Lehrb. I S. 201 ff., II S. 42 ff. u. S. 59 ff., L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 199 f., Kohler Prozeß als RV. S. 52 ff. und Forschungen S. 88 ff., Trutter prozessualische Rechtsgeschäfte (München 1890), Levy über die Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen Ztschr. f. d. CPr. XX S. 87 ff.; vgl. a. v. Kries die Prozeßvoraussetzungen im Strafprozesse Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft V S. 1 ff., Wach I S. 19 ff., 34 ff. De lege ferenda: L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 314 ff.

2. Jedes Prozeßrecht setzt gewisse Voraussetzungen, die vorhanden sein müssen, damit das Gericht überhaupt in die Lage kommt, den Parteien eine Entscheidung über die Streitsache (materialia causae) zu geben. Diese Voraussetzungen kann man von den besonderen, für die Gültigkeit einer einzelnen Prozeßhandlung geforderten Voraussetzungen unterscheiden. Man nennt sie nach dem Vorschlage Bülows *Prozeßvoraussetzungen*. Weil bei Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen das Gericht den Parteien eine Entscheidung über die Streitsache geben muß, hat man als Folge des Daseins der Prozeßvoraussetzungen ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien einerseits und dem Gerichte andererseits angenommen [so Bülow und Planck a. a. O.]. Andere nehmen ein doppeltes Rechtsverhältnis, nämlich eines zwischen Partei und Partei [dagegen Planck Lehrb. I S. 201 ff.] und eines zwischen den Parteien und dem Gerichte an, während neuerdings die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien und dem Gerichte bestritten und der Prozeß als Rechtsverhältnis *nur* unter den Parteien konstruiert wird. [So Kohler der Prozeß als Rechtsverhältnis.] Die beiden zuletzt erwähnten Konstruktionen dürften nicht richtig sein, da aus dem Prozesse Rechte und Pflichten der Parteien untereinander außer der eventuellen Berechtigung und Verpflichtung auf und zur Kostenerstattung nicht erwachsen und diese Berechtigung nicht vom Dasein der sog. Prozeßvoraussetzungen abhängt. [Gegen die Annahme eines solchen Rechtsverhältnisses: Oetker Jur. Litt.Bl. VI S. 14.]

Prozeßvoraussetzungen im angegebenen Sinne sind ordnungsmäßige Klagerhebung, Prozeßfähigkeit der Parteien, Fähigkeit der Streitsache Civilprozeßgegenstand zu sein (Zulässigkeit des Rechtswegs), Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, Nichtanhängigsein derselben Streitsache, Stellung gebotener Prozeßkautionen (z. B. § 102 oder HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2), Erstattung der Kosten eines Vorprozesses (§ 243 Abs. 4).

Sind die Prozeßvoraussetzungen nicht vorhanden, so kann das Gericht nicht über das materielle Recht entscheiden, sondern muß die Klage zurückweisen („Abweisung angebrachtermaßen" oder „von hier", „Entbindung von der Klage", absolutio ab instantia). Ein derartiges Urteil hat keine materielle Rechtskraft (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 293);

Digitized by Google

es begründet weder actio iudicati noch exceptio rei iud. Die Zurückweisung der Klage ist Endurteil und durch Rechtsmittel anfechtbar [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 8 f.].

Die Rechtsordnung kann sich den einzelnen Prozeßvoraussetzungen gegenüber verschieden verhalten. Sie kann bestimmen, daß das Gericht von Amtswegen das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen zu prüfen und bei Entdeckung eines Mangels auf absolutio ab instantia zu erkennen hat; sie kann aber auch bestimmen, daß das Gericht sich mit der Frage, ob eine bestimmte Prozeßvoraussetzung vorhanden sei, erst befassen soll, wenn die Partei den Mangel rügt [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 1 ff.]. Für den Begriff einer Prozeßvoraussetzung ist nicht entscheidend, ob deren Mangel von Amtswegen oder nur auf Rüge der Partei zu berücksichtigen ist. Die Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung heißt man Prozeßeinrede im Gegensatze zu Sacheinreden, eine Bezeichnung, die als eine verwirrende bedenklich ist. Nur da kann man von Einreden sprechen, wo der Beklagte sich auf selbständige Thatsachen beruft, aus denen sich der Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergiebt [vgl. Planck Kr. VJSchr. XI S. 161 ff., Lehrb. II § 90 S. 60]. Besser wäre es, den Ausdruck ganz zu meiden [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 57 N. 48, L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 314 ff.].

Da die Frage, ob die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind, präjudiziell für die Entscheidung der Hauptsache ist, so muß das Gericht sich darüber schlüssig machen, ehe es die Entscheidung zur Hauptsache giebt. Eine andere Sache ist, ob der Gesetzgeber für zweckmäßig findet, auch die Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen zu einem besonderen, von der Verhandlung über das materielle Recht getrennten Abschnitt zu gestalten. Das ältere römische, das kanonische und das ältere deutsche Prozeßrecht hat dies gethan und demgemäß die Verhandlung über das materielle Rechtsverhältnis erst beginnen lassen, nachdem über die Prozeßvoraussetzungen verhandelt und entschieden war. Dadurch entstand der Begriff der defensio litis ingressum impediens, d. i. einer Verteidigung, die den Beklagten vorläufig der Notwendigkeit enthebt, sich über die materielle Berechtigung des Klägers (die Streitsache, „lis" in diesem Sinne) zu äußern. [Über die Vermengung dieser Verteidigungsweise mit materiellrechtlichen dilatorischen Einreden s. Bülow a. a. O. S. 21 ff.] Durch den JRA. §§ 37, 40 wurde die Trennung der Verhandlung für den größten Teil der Prozeßvoraussetzungen beseitigt. Dem Beklagten wurde geboten, alle prozessualischen und materiellrechtlichen Verteidigungsbehelfe gleichzeitig vorzubringen. Eine Ausnahmestellung wurde nur den sog. „Declinatorien fori" d. i. den Zuständigkeitsbemängelungen zu teil. Über diese soll „vörderist gesprochen, und der Beklagte in solchem Falle vor Erörterung des puncti Competentiae Fori sich in der Haupt-Sache einzulassen nicht verbunden" sein. Sie allein blieben „prozeßhindernd" im obigen Sinne.

Die CPrO. hat für die Rüge eines Mangels der Prozeßvoraussetzungen den Ausdruck „Einrede" beibehalten. Sie hat nicht bloß den Zuständigkeitsbemängelungen, sondern auch anderen, auf Rüge eines Mangels der Prozeßvoraussetzungen hinauslaufenden sog. Einreden prozeßhindernde Kraft im obigen Sinne beigelegt, andererseits auch wieder nicht allen derartigen Einreden, so z. B. nicht der Rüge des Mangels der ordnungsmäßigen Klagerhebung. Sie hat unter die sog. prozeßhindernden Einreden die Beanstandung der Legitimation des gesetzlichen Vertreters aufgenommen, nicht aber die Rüge des Vollmachtsmangels. Dieser Mangel von Konsequenz hat zu zahlreichen Mißverständnissen geführt, wovon ein großer Teil der oben cit. Abhandlungen Zeugnis giebt.

Vom Standpunkte des Gesetzes aus ergeben sich folgende Sätze:

I. Nur die in § 247 aufgeführten Bemängelungen von Prozeßvoraussetzungen, die das Gesetz mit dem Namen „prozeßhindernde Einreden" belegt, und das nach HGB.

Digitized by Google

Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2 als prozeßhindernde Einrede geltend zu machende Begehren einer Sicherheitsleistung bei den dort bezeichneten Klagen gewähren dem Beklagten das Recht, zu verlangen, daß darüber gesondert verhandelt und entschieden werde. Daraus, daß eine andere Verteidigung gleichfalls Rüge des Mangels einer Prozeßvoraussetzung ist, kann nicht geschlossen werden, daß sie prozeßhindernd im angegebenen Sinne sei.

II. Das Gesetz kennt keine aus dem materiellen Rechte entnommene Verteidigung, die „prozeßhindernd" in dem Sinne wäre, daß der Beklagte abgesonderte Verhandlung zu fordern ein Recht hätte. Insbesondere ist die nach früherem Prozeßrechte prozeßhindernde exceptio spolii, die übrigens hinsichtlich ihrer materiellrechtlichen Wirkungen nicht aufgehoben ist, nach dem gegenwärtigen Prozeßrechte nicht prozeßhindernd, der Beklagte kann die Einlassung wegen exc. sp. nicht verweigern [RG. 24. März 1882 Entsch. VII Nr. 99 S. 330].

3. Abs. 1 enthält: a) das Gebot, die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen. Der Beklagte ist, nachdem eine prozeßhindernde Einrede verworfen ist, nicht mehr berechtigt, auf Grund einer zweiten prozeßhindernden Einrede die Einlassung zu verweigern und gesonderte Verhandlung darüber zu verlangen. [Vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. II S. 175 ff., III S. 210 ff. u. Komm. (2) S. 415, Endemann II S. 42 ff., Kleiner II S. 67 ff., v. Sarwey II S. 370, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 59, Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 48 f. AM. nämlich für Präklusion der verzichtbaren, nicht gleichzeitig vorgebrachten prozeßhindernden Einreden: Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 498, A. Förster N. 3, Hellmann Komm. II S. 52 u. Lehrb. S. 426 f., Planck I S. 91 N. 24, Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. I S. 51 ff., II S. 525 ff., IV S. 499 ff., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 228 u. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 298, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 727 N. 28 und Handb. I S. 506, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. S. 448, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 160.] Zu den von Petersen a. a. O. angeführten Gründen für die vorgetragene Meinung ist noch hinzuzufügen, daß nach § 39 die auf Präklusion der Unzuständigkeitseinrede beruhende Prorogation erst durch die Einlassung zur Hauptsache, also nicht durch Vorbringen anderer prozeßhindernder Einreden vor sich geht; ferner, daß auch die nach §§ 73, 243 eintretenden Präklusionen nicht schon durch das Vorbringen von Prozeßeinreden bewirkt werden. Auch § 465 Abs. 1 spricht für die oben vertr. Ansicht. b) Das Gebot, die prozeßhindernden Einreden vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. Über „Verhandlung" vgl. Bem. Nr. 2 zu § 298. Über die Verhandlung „zur Hauptsache" s. Bem. Nr. 2 zu § 39. Die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache bewirkt die Präklusion der nicht vorgebrachten prozeßhindernden Einreden, soweit darauf verzichtet werden kann (§ 247 Abs. 3). Hat der Beklagte das Versäumnisurteil gegen den Kläger (§ 295) erwirkt und dieser Einspruch erhoben, so kann der Beklagte noch alle prozeßhindernden Einreden vorbringen, vgl. Bem. Nr. 6 zu § 295. — Im Verfahren vor den Amtsgerichten ist Abs. 1 des § 247 durch § 465 Abs. 1 modifiziert.

4. Zu Nr. 1: Die Einrede der Unzuständigkeit läuft darauf hinaus, daß der Beklagte die vom Kläger durch Erhebung der Klage behauptete Befugnis des angegangenen Gerichts zur Entscheidung der Sache bestreitet, ohne zu bestreiten, daß die Sache zum Kreise der den Gerichten zugewiesenen Sachen gehöre. Der Mangel der Zuständigkeit kann sich daraus ergeben, daß die Regeln über die Zuständigkeitsverteilung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Gerichten oder die Regeln über sachliche oder örtliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht eingehalten sind. Da zu den Regeln über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auch die Bestimmungen über die Zuständigkeitsvereinbarung gehören, so kann die Einrede der Unzuständigkeit auch darauf gestützt werden, daß dem angegangenen Gerichte durch Vereinbarung die Zuständigkeit entzogen sei. Dagegen liegt die

Digitized by Google

Einrede der Unzuständigkeit nicht vor, wenn der Beklagte auf Grund eines Schiedsvertrags die Abweisung der Klage verlangt, weil diese Verteidigung keine Verletzung der gesetzlichen Zuständigkeitsregeln rügt (vgl. Bem. Nr. 5). Daß die Vorschriften des GVG. §§ 62, 67, 122, 123 über die Geschäftsverteilung sich nicht auf die Zuständigkeit beziehen, s. Bem. vor § 1 Abs. 3. Auch aus den Vorschriften über die Verteilung der Prozesse zwischen Civilkammern und Kammern für Handelssachen (GVG. §§ 101 ff.) ergiebt sich nicht die Einrede der Unzuständigkeit im Sinne des § 247 Nr. 1.

5. Zu Nr. 2: Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs läuft darauf hinaus, daß der Beklagte die vom Kläger durch Erhebung der Klage behauptete Befugnis der Gerichte zur Entscheidung der Sache aus dem Grunde bestreitet, weil derartige Sachen nicht vor die Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden gehören oder weil ein Angehen der Gerichte nur nach vorgängigem Angehen einer Verwaltungsbehörde zulässig sei.

Welche Sachen vor die Gerichte und welche vor die Verwaltungsbehörden gehören, bestimmt sich zunächst nach den Reichsgesetzen und, soweit diese keine Bestimmungen enthalten, nach dem Landesrechte (vgl. Bem. Nr. 1 zu EG. § 3). Ebenso bemißt sich zunächst nach Reichs- eventuell nach Landesrecht, in welchen Sachen vor Angehen der Gerichte eine Verwaltungsbehörde angegangen werden muß. Derartige Gesetze sind in Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 139 angeführt.

Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist nicht begründet, wenn der Beklagte auf Grund eines Schiedsvertrags die Abweisung der Klage verlangt, weil der Beklagte nicht bestreitet, daß die Sache zum Kreise der den Gerichten an und für sich zugewiesenen Sachen gehöre. Daher ist diese Verteidigung keine prozeßhindernde Einrede im Sinne der §§ 247, 248. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 497, Osterloh a. a. O. S. 77, Wach I S. 71 f., RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 97 S. 348 ff., 12. Dez. 1882 SA. XXXVIII Nr. 263, 8. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 118 S. 398 ff., 26. Sept. 1883 X Nr. 113 S. 367, 21. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 734, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 77 S. 335, 17. April 1886 XVI Nr. 92 S. 370, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 156. AM.: Petersen Komm. (2) S. 414 f. u. Ztschr. f. d. CPr. III S. 205 f., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 482 N. 3 u. Forsch. S. 92, v. Krawel Mag. f. d. DR. d. G. V S. 8. In den UU. des RG. wird zur Begründung der richtigen Entscheidung wiederholt die unrichtige Behauptung aufgestellt, daß die Einrede des Schiedsvertrags nicht prozeßrechtlich, sondern materiellrechtlich sei. Dagegen Wach I S. 72.]

6. Zu Nr. 3: Vgl. § 235 Nr. 1 und die Bemerkungen dazu. Ist die Rechtshängigkeit zur Zeit der Urteilsfällung weggefallen, so ist die Einrede nicht mehr begründet.

7. Zu Nr. 4: Vgl. die §§ 102—105, ferner HGB. Art. 190a, 222, 223 Abs. 3.

8. Zu Nr. 5: Vgl. § 243 Abs. 4 und Bem. Nr. 5 litt. c bis e zu § 243. Der Beklagte muß den Betrag der zu erstattenden Kosten angeben [RG. 13. März 1882 Entsch. VI Nr. 108 S. 360]. Die Einrede ist auch begründet, wenn die frühere Klage durch Urteil für zurückgenommen erklärt ist (vgl. Bem. Nr. 5 litt. e zu § 243); nicht bei Abweisung früherer Klage [RG. 4. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 103 S. 382, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 178]; nicht bei Wiederholung einer Rechtsmitteleinlegung, nachdem das Rechtsmittel wegen formeller Mängel zurückgenommen oder zurückgewiesen ist [OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 64].

9. Zu Nr. 6: Vgl. §§ 50—55. Über Beanstandung der Parteifähigkeit vgl. Bem. Nr. 2 vor § 50. Die Rüge des Mangels der Vollmacht (§ 84) berechtigt nicht zur Verweigerung der Einlassung.

10. Daß das Gesetz die angeführten Bemängelungen von Prozeßvoraussetzungen

Digitized by Google

„Einreden" heißt, kommt für die Beweislast nicht in Betracht. Bei den unverzichtbaren Einreden (s. Bem. Nr. 11) ist überhaupt von Beweislast keine Rede, weil sie von Amtswegen zu berücksichtigende Punkte betreffen.

11. Zu Abs. 3: Auf die Einrede Nr. 1 kann insoweit nicht verzichtet werden, als die prorogatio fori ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 2). Auf die Einreden Nr. 2 und 6 kann nicht verzichtet werden; denn sie betreffen Prozeßvoraussetzungen, deren Mangel von Amtswegen zu beachten ist (§ 54). Darüber, ob auf die Einrede Nr. 3 verzichtet werden kann, s. Bem. Nr. 3 Ziff. I litt. h zu § 235. Auf die Einreden Nr. 4 und 5 kann verzichtet werden.

Die Nachholung einer verzichtbaren Einrede (§ 247 Nr. 3, 4, 5 und HGB. Art. 190a Abs. 3, 222, 223 Abs. 2) nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache ist nur zulässig, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er sie ohne Verschulden nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache vorbringen konnte. Die auf Verschulden des Bevollmächtigten beruhende Versäumung ist keine unverschuldete (§ 210 Abs. 2). Ohne die in § 247 Abs. 3 verlangte Glaubhaftmachung ist die verspätete Einrede auch dann nicht zuzulassen, wenn der Kläger dies gestatten wollte; denn über die Ordnung des Verfahrens steht den Parteien keine Disposition zu [AM. Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 499, Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212]. — Eine Nachholung der Unzuständigkeitseinrede aus dem Grunde unverschuldeter Versäumnis ist ausgeschlossen. [Vgl. Petersen (3) S. 99, (2) 414 f. u. Ztschr. f. d. CPr. III S. 250, v. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 42 N. 38, Wach Handb. I S. 507 f., Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 221 f. AM. Struckm. Koch N. 1 zu § 39, Wilm. Levy N. 1 zu § 39, Gaupp I S. 499, Hellmann Lehrb. S. 127, Planck I § 23 N. 25, Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 382 (s. jed. Handb.), v. Amsberg eod. LXV S. 94, Birkmeyer das gegens. Verh. ꝛc. S. 7, Leonhard Ztschr. f. d. CPr. IV S. 403, Francke eod. V S. 470 f., Fitting eod. VI S. 294, 297 und Lehrb. (7) S. 69 N. 3, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 271 ff., Deybeck Gerichtsst. d. Vereinb. S. 130 ff.]

12. Wegen des Vorbringens prozeßhindernder Einreden im amtsgerichtlichen Verfahren s. § 465; wegen des Vorbringens solcher Einreden in der Berufungsinstanz s. § 490, in der Revisionsinstanz s. § 529, im Urkundenprozesse s. § 557.

13. Die Vorschriften der §§ 247, 248 finden auf die Widerklage (auch auf die WKl. nach § 253) entsprechende Anwendung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 175 ff. AM. Gaupp I S. 499, Hellmann Komm. II S. 55, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 66 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 367 ff.] Die Verteidigung des Widerbeklagten, die die Abweisung der Widerklage mit Rücksicht auf das Fehlen des Zusammenhangs verlangt, ist keine Unzuständigkeitseinrede, weil sie die Zulässigkeit der Widerklage ohne Rücksicht auf die Zuständigkeitsregeln bestreitet. Die Einrede Nr. 4 ist durch § 100 Nr. 3 ausgeschlossen.

§ 248.

Über prozeßhindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung anordnet.

Das Urteil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei.

Mot. S. 193–195. KPr. S. 80, 543.

Digitized by Google

1. Bringt der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede rechtzeitig vor, so kann er die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, bis über die Einrede entschieden ist; er kann sich aber auch eventuell, d. h. für den Fall der Verwerfung der Einrede, auf die Hauptsache einlassen, ohne die Entscheidung über die Einrede abzuwarten. Verweigert der Beklagte die Verhandlung z. H., so muß über die prozeßhindernden Einreden insgesamt besonders verhandelt und entschieden werden. Der Beklagte läuft also nicht Gefahr, bei Verwerfung der Einrede in der Hauptsache kontumaziert zu werden (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298).

Die Befugnis des Beklagten, die Verhandlung z. H. wegen prozeßh. Einrede zu verweigern, hört in dem in Bem. Nr. 3 litt. a zu § 247 besprochenen Falle, sowie auch dann auf, wenn der Beklagte sich in die mündliche Verhandlung z. H. einmal eingelassen hat. Daß der Beklagte in einem vorbereitenden Schriftsatze Erklärungen zur Hauptsache abgab, hindert ihn nicht, die mündliche Verhandlung z. H. zu verweigern.

Die Befugnis des Beklagten, die Verhandlung z. H. zu verweigern, besteht nicht im Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 465 Abs. 3), im Berufungs- und im Revisionsverfahren (§§ 490 Abs. 2, 529), im Urkunden- und Wechselprozesse (§ 557).

Verweigert der Beklagte in einem Falle, wo ihm die Befugnis dazu nicht zusteht, die Verhandlung z. H., so läuft er Gefahr, daß bei Verwerfung der Einrede das Versäumnisurteil zur Hauptsache gegen ihn ergehe (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298).

Macht der Beklagte von der Befugnis, die Verhandlung z. H. zu verweigern, keinen Gebrauch oder steht ihm diese Befugnis nicht zu, so kann gleichwohl das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen anordnen, daß über die prozeßh. Einreden besonders verhandelt werde. Die Anordnung ist Beschluß; sie entspricht der Beschränkung der Verhandlung nach § 137; die Bem. Nr. 3, 4 zu § 137 finden entsprechende Anwendung. Als prozeßleitende Anordnung kann der Beschluß vom Gerichte auf Antrag oder von Amtswegen wieder aufgehoben werden (§ 141). [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 500 N. 3.] Wird die Anordnung, daß abgesonderte Verhandlung stattfinde, nicht aufgehoben, so ist über die prozeßh. Einreden besonders zu entscheiden.

2. Ist eine prozeßhindernde Einrede begründet, so ist die Klage ohne Urteil zur Hauptsache abzuweisen (absolutio ab instantia). Über dieses Urteil und seine Anfechtbarkeit vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 247.

3. Ist die prozeßhindernde Einrede nicht begründet, so ist sie durch Zwischenurteil zu verwerfen. Dabei ist keine Entscheidung über die Prozeßkosten zu treffen [RG. 7. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1065, 4. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 113 S. 413, 18. Sept. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1147, 16. Juni 1890 eod. S. 1159]. Als Zwischenurteil wäre das Urteil an und für sich nicht selbständig anfechtbar. In § 248 Abs. 2 ist jedoch dessen selbständige Anfechtbarkeit durch Berufung und Revision ausgesprochen. Gilt diese selbständige Anfechtbarkeit bloß in dem Falle, daß zufolge Einlassungsverweigerung oder Anordnung des Gerichts die Verhandlung auf die Prozeßeinrede beschränkt war, oder auch dann, wenn das Gericht, ohne gesonderte Verhandlung angeordnet zu haben, ein die Einrede verwerfendes Zwischenurteil gemäß § 275 erläßt? Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. hann. Entw. § 244, hann. Prot. S. 3546, nordd. Entw. § 414, sowie die preuß. AGO. I §§ 68—72) macht es wahrscheinlich, daß die selbständige Anfechtbarkeit nur eintritt, wenn abgesonderte Verhandlung stattfand. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 501 f., Planck II S. 134 N. 15, RG. 25. Apr. 1884 Entsch. XI Nr. 102 S. 391, 29. Jan. 1886 Entsch. XV Nr. 110 S. 399, 17. Apr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1184, 26. Juni 1889 SA. XLV Nr. 48. AM. Wilm. Levy N. 4.] Selb-

Digitized by Google

ständiger Anfechtung unterliegt auch das Urteil, das die auf einen Schiedsvertrag gestützte Einrede der Unzuständigkeit oder der Unzulässigkeit des Rechtswegs aus dem Grunde verwirft, weil der Schiedsvertrag die Einrede nicht begründe [RG. 21. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 735, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 77 S. 335], ebenso das Urteil, das die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung aus dem Grunde verwirft, weil keine solche Vertretung in Frage sei [RG. 17. Apr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1184]. Nicht selbständig anfechtbar ist das Urteil, das eine in § 247 nicht bezeichnete Einrede irrtümlich als prozeßhindernd behandelt und verwirft [vgl. Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 350 ff.].

4. Regelmäßig wird nach Erlassung eines Urteils, wodurch prozeßhindernde Einreden verworfen werden, das Verfahren zur Hauptsache nicht fortgesetzt, ehe das Urteil rechtskräftig geworden ist. Nach Eintritt der Rechtskraft kann jede Partei einen Verhandlungstermin erwirken und dem Gegner bekannt geben. Schon vor Eintritt der Rechtskraft kann das Gericht auf Antrag einer der Parteien anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei. Das Gericht hat freies Ermessen. Es hat die Dringlichkeit der Sache, insbesondere aber die Wahrscheinlichkeit einer Bestätigung des Urteils, dabei in Betracht zu ziehen.

Der Antrag ist im Termine zu stellen. Über den Antrag ist mündlich zu verhandeln. Soll der Antrag nach der Urteilsverkündung gestellt werden, so muß der Antragsteller einen Termin erwirken und dem Gegner bekannt geben. Die Entscheidung ist Beschluß. Der Beschluß ist zu verkünden. Wird die Verhandlung z. H. angeordnet, so ist entweder sofort zu verhandeln oder ein Termin dazu zu bestimmen. Der Beschluß ist nicht mit Beschwerde anfechtbar, weil er nur nach mündlicher Verhandlung ergehen kann (arg. § 530). Aus § 229 darf nicht die Anfechtbarkeit gefolgert werden, denn es handelt sich nicht um einen Aussetzungsantrag [vgl. Wilm. Levy N. 5]. Das Zwischenurteil über die Prozeßeinreden bleibt selbständig anfechtbar, auch wenn die Verhandlung z. H. angeordnet wird. [AM. Fitting Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 236 ff. mit unstichhaltiger Begründung.]

Ist die Verhandlung z. H. angeordnet, so kann auch z. H. entschieden, es muß nicht die Entscheidung z. H. bis zum Eintritte der Rechtskraft des Zwil. ausgesetzt werden. [AM. Oppenheim Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1 ff. und Eccius eod. S. 476 ff., die vor Rechtskraft des Zwil. kein Endurteil z. H., sondern nur Feststellung von Thatsachen oder Rechtsverhältnissen für zulässig halten.] Aussetzung auf Grund des § 139 kann nicht angeordnet werden, weil der § 139 Anhängigkeit eines anderen Prozesses voraussetzt [vgl. Struckm. Koch N. 4, Gaupp I S. 502, Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXVII S. 327]; aber der Beschluß, daß z. H. zu verhandeln sei, kann zurückgenommen und damit das Verfahren sistiert werden. In dem Verfahren z. H. kann ein Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 gefällt werden, wenn der Verhandlungstermin von einer Partei versäumt wird. Ein solches Versäumnisurteil steht mit dem Zwischenurteile nicht in Widerstreit, weil das Zwischenurteil nur das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen feststellt, also die Möglichkeit der in dem Vers.Urteile enthaltenen Entscheidung über die Hauptsache bejaht.

Ist, bevor in der unteren Instanz z. H. geurteilt wird, das Zwil. in der oberen Instanz abgeändert, d. i. wegen begründeter prozeßhindernder Einrede auf Zurückweisung der Klage (absolutio ab instantia) erkannt worden, so ist diese Entscheidung vom Untergerichte zu berücksichtigen und das Verfahren z. H. unter Zurücknahme des Beschlusses, der die Verhandlung z. H. angeordnet hat, abzubrechen. Einerlei, ob das oberrichterliche Urteil rechtskräftig ist oder nicht; denn schon vor der Rechtskraft ist das die Prozeßeinrede verwerfende Urteil, das die Unterlage für die Fortsetzung des Verfahrens war, beseitigt. Wird in der unteren Instanz ein Urteil z. H. gefällt, bevor das Zwischenurteil formell

Digitized by Google

rechtskräftig (§ 645) ist, so ist die materielle (nicht die formelle) Rechtskraft des Urteils z. H. in der Schwebe, bis über die Prozeßeinrede rechtskräftig entschieden ist. Wird das Zwll. in der höheren Instanz aufgehoben, so fällt damit auch das vorinstanzielle Urteil z. H. zusammen, ohne daß es der Anfechtung durch Rechtsmittel bedarf. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 502 f., v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 852 ff., Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 342, Stein Urk.Pr. S. 337, Troll Vers.Urt. S. 62, Kohler Pr. als RV. S. 78, Planck II S. 137, RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 426, 30. Sept 1885 XV Nr. 92 S. 349 ff. AM. Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 858 ff.] In dem Endurteile z. H. kann der Vorbehalt der Rechtskraft des Zwll. ausgesprochen werden. Notwendig [wie Wilm. Levy und Kohler a. a. O. meinen] ist dies nicht. Weil der Bestand des Urteils z. H. von dem Bestande des selbständig anfechtbaren Zwll. bedingt ist, so steht die formelle Rechtskraft des Urteils z. H. der Anfechtung des Zwll. nicht im Wege. [Vgl. RG. 30. Sept. 1885 Entsch. XV Nr. 92 S. 348 ff. Dagegen hat RG. 13. Jan. 1885 XIV Nr. 97 S. 343 ff. in einem Falle, wo das Urteil z. H. ein Versäumnisurteil war, angenommen, daß die Rechtskraft dieses Urteils die Anfechtung des Zwll. abschneide, weil das Zwll. durch das Vers.Urt. außer Kraft gesetzt werde. Die Entscheidung ist nicht richtig; denn das Vers.Urt. beruht nicht weniger als ein Nichtvers.Urt. auf der Voraussetzung des Zwll., weil ohne dieses eine weitere Verhandlung z. H. und also eine Versäumnis nicht möglich wäre. Vgl. Troll Vers.Urt. S. 62. Das U. d. RG. billigt Gaupp I S. 503.] Aus der Bedingtheit des Urteils z. H. folgt weiter, daß es nicht (auch nicht vorläufig) vollstreckbar ist, ehe das Zwll. rechtskräftig geworden ist [vgl. RG. Entsch. XV S. 355 f.]. Wird das Urteil z. H. angefochten, ehe das Zwll. rechtskräftig ist, so ist die höhere Instanz an das Zwll. gebunden, solange nicht durch Anfechtung des Zwll. die Kognition darüber zur höheren Instanz erwachsen ist. Wird das Zwll. durch ein Rechtsmittel zur Kognition des Obergerichts gebracht, nachdem dieses bereits ein Urteil z. H. erlassen hat, so kann das Obergericht, wenn es das Zwll. abändert und auf abs. ab inst. erkennt, seinem eigenen Urteile z. H. die Unterlage entziehen, selbst wenn dieses formell rechtskräftig geworden war. — Die gleichen Verwickelungen können sich aus § 276 Abs. 2 ergeben.

5. Mit prozeßhindernden Einreden kann eine Widerklage nur in der Weise verbunden werden, daß sie für den Fall der Verwerfung der Einreden angebracht wird [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 38 f.]. Auf prozeßhindernde Einreden gegen die Widerklage finden die Vorschriften des § 248 entsprechende Anwendung [vgl. die Litteraturangaben in Bem. Nr. 13 zu § 247]. Desgleichen auf die Klagerweiterung und Widerklage nach § 253.

§ 249.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgerichte anhängig.

KPr. E. 7, 15, 80, 81, 499, 543.

1. § 249 bezieht sich auf den Fall, daß eine bei einem Landgerichte angebrachte Klage mit Rücksicht auf GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 abgewiesen wird. Die Abweisung und die damit zu verbindende Verweisung kann in erster Instanz von der Kammer für Civilsachen wie von der Kammer für Handelssachen, sie kann in zweiter und dritter Instanz

Digitized by Google

ausgesprochen werden. Die Entscheidung bindet nach § 11 das Amtsgericht, wo die Sache später anhängig wird. Wird die Unzuständigkeit des Landgerichts auf Grund der Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit ausgesprochen, so ist § 249 nicht anwendbar. Ebenso, wenn die Abweisung aus dem doppelten Grunde erfolgt, weil weder die sachliche Zuständigkeit noch ein Gerichtsstand für die Klage bei dem Landgerichte vorhanden sei. — Dem § 249 entspricht in dem Verfahren vor den Amtsgerichten der § 466.

2. Die Verweisung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Klägers. Der Antrag ist in der mündlichen Verhandlung zu stellen. Der Antrag ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung. Als prozessualischer Antrag ist er von § 269 und von § 491 Abs. 2 nicht berührt, er ist also noch in der Berufungsinstanz zulässig. Aber auch in der Revisionsinstanz ist ein neuer Verweisungsantrag zulässig, da neues thatsächliches Vorbringen dazu nicht erforderlich ist. Ist bei mehreren Amtsgerichten des landgerichtlichen Sprengels ein Gerichtsstand begründet, so steht dem Kläger das Wahlrecht zu; er muß in seinem Antrage das Amtsgericht bezeichnen. Der Antrag kann sowohl unter Anerkennung der Unzuständigkeit des Landgerichts, wie auch als eventueller unter Behauptung der Zuständigkeit gestellt werden. In dem Antrage liegt kein Verzicht auf das zuständige Rechtsmittel gegen die Abweisung der Klage.

3. Dem Antrage muß stattgegeben werden, wenn auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit die Unzuständigkeit ausgesprochen wird. Wie die Unzuständigkeitserklärung, so kann auch die Verweisung nur durch Urteil ausgesprochen werden. Das Urteil hat den Kläger in die Kosten des bisherigen Verfahrens zu verurteilen. Die Kosten sind nicht als Teil der bei dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten zu behandeln (arg. a contr. § 467 Abs. 2); denn die Klage ist nicht, wie im Falle des § 467, bei dem rechten Gerichte erhoben. Das Urteil, das die Klage vom Landgerichte ab- und den Prozeß an das Amtsgericht verweist, ist als Endurteil mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 11]. Wurde in dem die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit abweisenden Urteile der Antrag auf Verweisung nicht berücksichtigt, so ist Abhülfe nur durch Berufung oder Revision möglich; nicht durch Ergänzung nach § 292, denn es ist kein Haupt- oder Nebenanspruch, sondern nur ein prozessualischer Antrag übergangen und die entsprechende Anwendung des § 292 ist nicht, wie in § 694, vorgesehen [AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 505].

4. Zu Abs. 2: Wird der Rechtsstreit an ein Amtsgericht verwiesen und erlangt diese Entscheidung die Rechtskraft (§ 645), so dauern die prozeß- und civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 235, 239) fort. Daraus folgt z. B., daß die Verjährung schon im Zeitpunkte der Klagerhebung zum Landgerichte unterbrochen ist und unterbrochen bleibt [vgl. Mot. z. E. I e. BGB. I S. 331]. Der Rechtsstreit ist jetzt bei dem Amtsgerichte anhängig. Es bedarf keiner neuen Klagerhebung; jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Amtsgericht laden (Ladungsfrist!).

§ 250.

Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

Mot. S. 195, 238—240. KPr. S. 81, 543.

1. Von dem vorbereitenden Verfahren handeln die §§ 313—319. Das vorb. Verf. kann nur nach zweiseitiger mündlicher Verhandlung und nur nach Beginn der mündlichen

Digitized by Google

Verhandlung zur Hauptsache angeordnet werden; arg. § 313, denn erst nach Beginn der Verhandlung zur Hauptsache kann das Gericht beurteilen, ob sich eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung ꝛc. herausstellt. Wurden prozeßhindernde Einreden im Sinne des § 247 vorgebracht, so darf das vorb. Verf. erst angeordnet werden, wenn diese Einreden durch rechtskräftiges Zwischenurteil (§ 248) verworfen oder durch Verzicht erledigt sind. Folglich können prozeßhindernde Einreden, die durch die Verhandlung zur Hauptsache ausgeschlossen werden, im vorb. Verf. und in der darauf folgenden Verhandlung vor dem Prozeßgerichte nur nach Maßgabe des § 247 Abs. 3 geltend gemacht werden. Das vorb. Verf. kann auch noch in der Berufungsinstanz (vgl. KPr. S. 238, Komm. Ber. v. 19. Okt. 1876 S. 7, Prot. d. 168. Sitz. S. 7) sowie in der Revisionsinstanz angeordnet werden. Es kann auf Antrag oder von Amtswegen angeordnet werden. Der Beschluß, wodurch das vorb. Verf. angeordnet oder ein Antrag darauf abgelehnt wird, ist nicht selbständig anfechtbar. Beschwerde ist nicht statthaft, weil der Beschluß nur nach mündlicher Verhandlung ergehen kann (arg. § 530).

2. Das Gericht kann die Trennung (§ 136) oder die Beschränkung (§ 137) der Verhandlung und zugleich über einzelne Ansprüche ein vorb. Verf. anordnen. Bei Erlassung eines Teilurteils kann das vorb. Verf. über andere Ansprüche angeordnet werden.

3. Im Verfahren vor den Amtsgerichten ist das vorb. Verf. ausgeschlossen (§ 469).

§ 251.

Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Verteidungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obsiegenden Partei, welche nach freier richterlicher Überzeugung im stande war, das Angriffs- oder Verteidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder teilweise auferlegen.

Mot. S. 32—36, 195—198, 205, 206. KPr. S. 81, 83, 89, 543.

1. Die Einheit der mündlichen Verhandlung. Die in § 251 Abs. 1 ausgesprochene Regel steht in Zusammenhang mit dem Grundsatze der Mündlichkeit des Verfahrens. Das schriftliche Verfahren ist seiner Natur nach einseitig und ungleichzeitig. Der schriftliche Prozeß bewegt sich in fest bestimmten Abschnitten vorwärts; auf die Klage folgt die Vernehmlassung, auf diese die Replik, auf die Replik die Duplik. Jeder Schriftsatz hat einen bestimmten Inhalt und selbst für diesen eine bestimmte Reihenfolge. Die technisch-prozessualische Regel, daß Repliken nicht zu antizipieren seien, hat für den schriftlichen Prozeß Sinn und Bedeutung. Diese Ordnung kann auf den mündlichen Prozeß, der seiner Natur nach ein zweiseitiges, gleichzeitiges Verfahren ist, nicht wohl übertragen werden. Zwar müssen auch die mündlichen Parteivorträge geordnet sein. Der Vorsitzende hat hierauf zu achten, und das Gericht ist befugt, die Verhandlung nach § 137 zu beschränken, wenn die einheitliche Verhandlung des ganzen Prozeßstoffs die Übersichtlichkeit gefährden würde. Aber die mündliche Verhandlung ist nicht in Abschnitte von bestimmter Reihenfolge zerlegt. Sie ist vielmehr bis zum Urteile als Einheit anzusehen, selbst wenn sie in mehrere äußerlich und zeitlich, möglicher Weise auch durch Beweisbeschlüsse getrennte Akte zerfällt (vgl. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 119). Diese Grundsätze kommen in den Vorschriften der §§ 251, 256 zur Erscheinung.

Die sog. Eventualmaxime gilt nicht mehr. Die zur Beschleunigung der Prozesse

Digitized by Google

entstandene Regel, daß alle Einreden, Repliken ꝛc. und Beweismittel bei Meidung des Ausschlusses gleichzeitig vorgebracht werden müssen, paßt nicht für ein Verfahren, das keine zeitlich abgegrenzten Abschnitte innerhalb der dem Urteile vorhergehenden mündlichen Verhandlung kennt.

2. Wegen des Begriffs „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 § 137. Er umfaßt alles, was die Parteien zur Begründung ihrer Anträge oder zur Bekämpfung der Anträge des Gegners vorbringen; auch Bestreitungen gehören dazu. Das Vorbringen kann sich auf die materiellrechtliche wie auf die prozeßrechtliche Seite beziehen. Für Beweismittel und Beweiseinreden, die sonst unter „Angriffs- und Verteidigungsmitteln" inbegriffen sind (§§ 65, 137, 491 Abs. 2), ist in § 256 die Bestimmung des § 251 wiederholt. Die Widerklage ist kein Angriffs- und kein Verteidigungsmittel. Durch ungeschickte Fassung des § 251 wurde sie allerdings den Angriffs- und Verteidigungsmitteln beigesellt. Was im Gesetze gesagt werden wollte, ist, daß die Widerklage ebenso wie Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, zulässig sei. Korrekt wäre das zu formulieren gewesen: „Angriffs- und Verteidigungsmittel (Einreden, Repliken u. s. w.) können ꝛc. — geltend gemacht werden. Dasselbe gilt von der Widerklage." Anstatt dessen schaltete man die Widerklage in die Parenthese ein. Natürlich ist die Widerklage durch diese Fassung nicht zu einem Angriffs- oder Verteidigungsmittel geworden. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 508, Schollmeyer Zwischenstreit ꝛc. S. 47, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 22 bis 29. Unrichtig Hellm. Komm. I S. 143 f., 229, 283, II S. 44, 47, 55 und Lehrb. S. 441 ff., Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 66.]

3. „Schluß der Verhandlung." Vgl. § 127 Abs. 4 und die Bem. Nr. 3 litt. d dazu.

4. „Urteil" umfaßt alle Arten von Urteilen, bedingte wie unbedingte, den Prozeß ganz oder teilweise erledigende End- (Teil-) urteile, auch Zwischenurteile. Da das Zwischenurteil das Gericht bindet, so ist das Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die sich auf den durch das Zwischenurteil erledigten Prozeßstoff beziehen, mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Zwischenurteil ergeht, ausgeschlossen [bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 147].

5. Die Regel des § 251 erleidet Einschränkungen: a) Nach § 39 muß der Mangel der Zuständigkeit vor der Einlassung zur Hauptsache gerügt werden. b) Nach § 44 Abs. 4 kann der Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nur vor der Einlassung oder Antragstellung abgelehnt werden. c) Nach § 73 muß die nominatio auctoris vor der Einlassung zur Hauptsache erfolgen. d) Nach § 241 wird der Widerspruch gegen die Klagänderung durch die Einlassung auf die geänderte Klage ausgeschlossen. e) Nach § 247 werden die verzichtbaren prozeßhindernden Einreden durch die Verhandlung zur Hauptsache ausgeschlossen. f) Nach § 267 geht die Befugnis, die Verletzung gewisser prozessualischer Vorschriften zu rügen, verloren, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder worin darauf Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte (vgl. §§ 492 und 521). g) Nach § 319 hat der Abschluß des vorbereitenden Verfahrens gewisse Präklusionswirkungen. h) Nach § 467 und nach Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889 § 105 Abs. 2 (§ 123) sind die an diesen Stellen näher bezeichneten Anträge auf Verweisung an das Landgericht vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache zu stellen.

6. Zu Abs. 2: Die Auferlegung von Prozeßkosten geschieht von Amtswegen. Über

Digitized by Google

den Zeitpunkt der Entscheidung s. Bem. Nr. 4 zu § 87. Nachträglich ist jedes Vorbringen, das in einer früheren Verhandlung hätte vorgebracht werden können, nicht bloß das Vorbringen nach einem Beweisbeschlusse (Mot. S. 206). Das Gericht hat freies Ermessen (KPr. S. 81 ff.). Deswegen, weil ein Vorbringen nicht in den vorbereitenden Schriftsätzen stand, ist es noch nicht verspätet. Verschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit ist nicht erforderlich; immerhin aber ein Verschulden. — In GKG. § 48 ist für den Fall des § 251 Abs. 2 die Erhebung einer erhöhten Gebühr zugelassen.

§ 252.

Verteidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

Mot. S. 25—29, 206. KPr. S. 84—90, 543.

1. Nur Verteidigungsmittel des Beklagten oder Widerbeklagten können zurückgewiesen werden. Zu den Verteidigungsmitteln werden hier, wie in § 251, Beweismittel und Beweiseinreden nicht gerechnet. Beweismittel können nur nach §§ 339, 398 zurückgewiesen werden. — Die Einrede der Aufrechnung kann nach § 252 zurückgewiesen werden; denn sie ist ein Verteidigungsmittel [vgl. Schollmeyer Kompensationseinrede S. 76 ff.]. Eine Widerklage kann nicht nach § 252 zurückgewiesen werden, weil sie kein Verteidigungsmittel ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 251); gegen Verschleppung des Prozesses durch Widerklagen bietet § 273 und bei Mangel der Konnexität auch § 136 Abs. 2 ausreichenden Schutz. Der Beklagte kann dadurch, daß er bezüglich eines verspäteten Verteidigungsmittels die Inzidentwiderklage erhebt, die Anwendung des § 252 nicht ausschließen; weist das Gericht auf Grund des § 252 das Verteidigungsmittel zurück, so ist die darauf bezügliche Inzidentwiderklage ebenfalls zurückzuweisen, weil das betreffende Rechtsverhältnis nicht mehr für die Entscheidung in der Instanz präjudiziell ist. [Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 77 N. 2. Teilw. abw. Lippmann Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 94, Gaupp I S. 510.]

2. Zur Zurückweisung ist erforderlich: a) daß das Vorbringen nachträglich ist. Wann dies zutrifft, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen; vgl. Bem. Nr. 6 zu § 251. b) Daß der Kläger die Zurückweisung beantragt. Der Antrag kann nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Über den Antrag ist der Beklagte zu hören. c) Daß die Erledigung des Rechtsstreits durch die Zulassung des Verteidigungsmittels verzögert würde. Ist ein Einwand liquid oder sofort zur Verwerfung reif, so kann er nicht nach § 252 zurückgewiesen werden. d) Daß das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit das Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht habe. Daß der Beklagte das Verteidigungsmittel früher hätte vorbringen können, genügt noch nicht.

3. Die Zurückweisung ist im bedingten oder unbedingten Endurteile auszusprechen; im Zwischenurteile, wenn sich das zurückgewiesene Verteidigungsmittel auf den durch das Zwischenurteil erledigten Prozeßstoff bezieht. Das zurückgewiesene Verteidigungsmittel ist für die erste Instanz verloren, nicht für die Berufungsinstanz; vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 491. — Über Zurückweisung verspäteter Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren s. § 502. Vgl. a. § 583.

Digitized by Google

§ 253.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

Mot. S. 188, 189, 205, 206, 225—228. KPr. S. 90, 106—108, 543.

1. § 253 hängt mit § 293 zusammen. Nach § 293 wird die in den Entscheidungsgründen enthaltene Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis nicht rechtskräftig. Der Richter muß sich zwar über das Bestehen oder Nichtbestehen des präjudiziellen Rechtsverhältnisses schlüssig machen und in den Gründen aussprechen, um die präjudizierte Sache entscheiden zu können. Aber eine der Rechtskraft fähige Entscheidung des präjudiziellen Rechtsverhältnisses wird ohne einen Antrag nach § 253 nicht gegeben. Der Antrag nach § 253 bildet die Handhabe, womit die Parteien den Präjudizialpunkt zum Gegenstande des Prozesses machen und eine der Rechtskraft fähige Entscheidung darüber bewirken können.

2. Antragsberechtigt ist der Kläger und der Beklagte; nicht der Nebenintervenient, auch nicht wenn Nebenintervention nach § 66 vorliegt, denn der Nebenintervenient kann den Prozeß nicht über die Anträge der Partei hinaus erweitern; vgl. Bem. Nr. 2 litt. g zu § 64 und Bem. Nr. 3 litt. g zu § 66. Stellt der Kläger den Antrag, so verbindet er mit der früheren Klage eine neue Klage (Präjudizialinzidentklage). Im Gesetze ist der Ausdruck „Erweiterung des Klagantrags" gebraucht. Hier ist aber damit nicht, wie in § 241 Nr. 2, eine Ausdehnung des Klagantrags unter Beibehaltung des Klagegrundes, sondern eine zusätzliche Klage mit anderem Klagegrunde gemeint. Stellt der Beklagte den Antrag, so erhebt er eine Widerklage (Präjudizialinzidentwiderklage).

3. a) Die Inzidentklage und -widerklage ist Feststellungsklage im Sinne des § 231. Es kann die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, nicht die Feststellung einzelner Thatsachen verlangt werden. Die in § 231 zugelassene Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ist als Inzidentklage oder -widerklage nicht zugelassen.

b) Die Inzidentklage und -widerklage kann nur in Bezug auf ein Rechtsverhältnis erhoben werden, das Gegenstand des Civilprozesses ist. Steht die endgültige Entscheidung nicht den Gerichten zu, so ist die Klage (Widerklage) nicht zulässig; und zwar auch dann nicht, wenn das Gericht über die von einer Verwaltungsbehörde definitiv zu erledigende Vorfrage im Laufe des Prozesses provisorisch entscheiden kann (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 139).

c) Die Inzidentklage und -widerklage kann nur erhoben werden in Bezug auf ein Rechtsverhältnis, das im Prozesse von einer Partei behauptet, von der anderen bestritten worden ist.

d) Die Inzidentklage und -widerklage kann nur bezüglich eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, über dessen Bestehen sich der Richter schlüssig machen muß, um über die bereits erhobene Klage entscheiden zu können. In diesem Sinne präjudiziell ist nicht bloß das Rechtsverhältnis, das dem in der Leistungsklage geltend gemachten Anspruche zu Grunde liegt — wie z. B. das Bestehen des Mietverhältnisses bei der Klage auf Zahlung von Mietgeld — sondern auch das weiter zurückliegende Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen die Entscheidung abhängig ist — z. B. das Eigentum bei der Klage auf Dienstbarkeit, das Bestehen der Hauptschuld bei Klage auf Zinsen, das Erbesein bei der rei vind., die jemand

Digitized by Google

als Erbe des Eigentümers anstellt [vgl. SA. XLVI Nr. 21]. Einerlei ist, ob das Rechtsverhältnis für ein Angriffs- oder ein Verteidigungsmittel präjudiziell ist. Es kann z. B. der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens der Hauptschuld verlangen, wenn der Beklagte eine Zinsforderung aufrechnen will.

e) Ist das Rechtsverhältnis streitig und präjudiziell, so bedarf es nicht, wie bei der selbständigen Feststellungsklage, des Nachweises des Interesses an der alsbaldigen Feststellung [vgl. OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 65].

4. Über die Inzidentklage und -widerklage kann das Gericht eine sachliche Entscheidung nur erlassen, wenn es die Zuständigkeit dafür hat.

a) Sachliche Zuständigkeit. Wird in einem bei dem Landgerichte anhängigen Rechtsstreite Inzidentklage oder -widerklage erhoben, die als Klage vor das Amtsgericht gehörte, so ist das Landgericht als das Gericht mit der weiteren Kompetenz auch für die Entscheidung über das präjudizielle Rechtsverhältnis zuständig. Für den Fall, daß in einem vor der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite ein Feststellungsantrag gestellt wird und die erweiterte Klage oder die Widerklage als Klage nicht vor die Kammer für HS. gehört, ist in GVG. § 105 bestimmt, daß der Rechtsstreit als Ganzes auf Antrag des Gegners an die Civilkammer zu verweisen sei. Unter der Beschränkung des § 103 Abs. 2 des GVG. ist die Kammer zu der Verweisung auch von Amtswegen befugt. [Vgl. Hauser Ztschr. f. R. u. VR. III S. 391 ff.] — Wird in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, wofür die Landgerichte zuständig sind, so ist, wenn nicht prorogiert wird, nach § 467 zu verfahren; vgl. Bem. Nr. 1, 2 zu § 467. Ist Prorogation bezüglich des Präjudizialantrags ausgeschlossen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 40), so hat das Amtsgericht seine Unzuständigkeit zur Entscheidung über den Präjudizialantrag von Amtswegen auszusprechen, und, je nachdem Verweisungsantrag gestellt ist oder nicht, den ganzen Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen oder die erhobene Inzidentklage (-widerklage) von hier abzuweisen und eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung nur über den ursprünglichen Rechtsstreit zu geben.

b) Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand). Für die Inzidentklage ergiebt sich aus § 253 ein Gerichtsstand, den man Gerichtsstand des Zusammenhangs nennen kann. Für die Inzidentwiderklage ist ein neuer, nicht schon aus § 33 herzuleitender Gerichtsstand durch § 253 nicht geschaffen, weil sie stets in rechtlichem Zusammenhange mit der Vorklage oder mit den Verteidigungsmitteln stehen muß. [Vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 101 ff.] Für die Inzidentzusatzklage aber kann sich aus § 253 ein neuer Gerichtsstand ergeben. Z. B. A klagt gegen B im Gerichtsstande der Vertragserfüllung. B will eine Forderung aus einem anderen Schuldverhältnisse zur Aufrechnung bringen. A kann die Feststellung des Nichtbestehens dieses Verhältnisses beantragen, obwohl für den Inzidentantrag als Klage ein Gerichtsstand bei dem Prozeßgerichte nicht bestände. Aus § 253 kann aber ein Gerichtsstand nicht begründet werden, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet oder wenn das Rechtsverhältnis kein vermögensrechtliches ist. Die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstandes und die Unzulässigkeit der Prorogation in nicht vermögensrechtlichen Prozessen haben ihren Grund in Rücksichten des öffentlichen Rechts. Es liegt im staatlichen Interesse, daß über gewisse Rechtsverhältnisse nur bestimmte Gerichte urteilen. Deswegen ist die Vereinbarung über die Zuständigkeit für unzulässig erklärt (§ 40 Abs. 2) und die Zulässigkeit der Widerklage entsprechend beschränkt (§ 33 Abs. 2), soweit andere als vermögensrechtliche Klagen in Frage sind oder ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Die gleichen Rücksichten fordern, daß den Parteien nicht gestattet werde, durch Inzidentklage oder -widerklage den ausschließlichen Gerichtsstand zu

Digitized by Google

umgehen oder eine Statusfrage ꝛc. einem dafür nicht schon aus allgemeinen Gründen zuständigen Gerichte zur rechtskräftigen Entscheidung zu unterbreiten. In solchen Fällen muß der Präjudizialpunkt in den Entscheidungsgründen erledigt werden, aber rechtskräftig entschieden wird er nicht. Verweisung der präjudiziellen Sache samt der präjudizierten an das für jene ausschließlich kompetente Gericht kann nicht stattfinden, weil das Gesetz, das die Verweisungsfälle in den §§ 249, 466, 467 regelt, diesen Fall nicht berührt. Daher ist die Inzidentklage oder -widerklage durch absolutio ab inst. von hier abzuweisen. [So auch Planck I S. 72 bei N. 22, S. 77, 97, v. Bülow N. 3 und im wesentlichen auch Gaupp I S. 513 f.; vgl. a. Petersen Ztschr. f. d. CPr. II S. 195 ff. Daß sich aus § 253 ein Gerichtsstand des Zusammenhangs ergebe, wird auch von Struckm. Koch N. 2, Hellmann Komm. II S. 72 ff. und Lehrb. S. 145, Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 39 ff. anerkannt; aber diese Schriftsteller nehmen im Gegensatze zu der vorgetragenen Ansicht an, daß dieser Gerichtsstand auch dann begründet sei, wenn Prorogation ausgeschlossen ist. Andererseits bestreiten Löning Ztschr. f. d. CPr. IX S. 100 ff., Petersen Komm. (2) S. 425, Wach Arch. f. d. CPr. LXII S. 398 ff. und Handb. I S. 488 f., Wilm. Levy N. 2, daß sich überhaupt ein Gerichtsstand aus § 253 ergebe.]

5. Verfahren: a) Inzidentklage und -widerklage ist nur zulässig in der ersten Instanz (arg. § 491). Sie ist in mündlicher Verhandlung unter Beobachtung des § 269 zu erheben; folglich ist sie nur möglich, wenn in der ersten Instanz noch mündliche Verhandlung stattfindet. b) Die Erhebung der Klage ist nur möglich, wenn der Gegner im Termine erschienen ist. Der Grund ist der gleiche, aus dem in Abwesenheit des Gegners keine Widerklage und keine Klagänderung stattfinden kann (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33 und Bem. Nr. 3 zu § 241). Auch kann beim Ausbleiben des Gegners kein Rechtsverhältnis streitig werden. c) Über den ganzen Rechtsstreit einschließlich der nach § 253 erhobenen Inzidentklage ist einheitlich zu verhandeln und vorbehaltlich des § 273 einheitlich zu entscheiden. Trennung nach § 136 ist unstatthaft (s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). Da einheitliche Verhandlung nur in gleicher Prozeßart möglich ist, so sind Anträge nach § 253 nur zulässig, wenn sie sich zur gleichen Prozeßart eignen. Im Urkunden- und Wechselprozesse, im Mahnverfahren vor Überleitung in das ordentliche Verfahren, in dem einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren sind daher Anträge nach § 253 ganz ausgeschlossen, weil sie sich nicht für diese Prozeßarten eignen. Im Ehe- und Entmündigungsprozesse stehen die Vorschriften der §§ 575 Abs. 2, 608 (620, 624, 626) der Zulässigkeit solcher Anträge entgegen. d) Wird der Prozeß, innerhalb dessen ein Antrag nach § 253 gestellt ist, ohne Entscheidung zur Hauptsache erledigt, z. B. durch Zurückweisung der Klage wegen Mangels ordnungsmäßiger Klageschrift oder wegen einer der sog. prozeßhindernden Einreden oder durch Zurücknahme der Klage, so ist keine Entscheidung über die materialia causae des Inzidentantrags möglich. Über das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung durch Inzidentantrag verlangt wird, kann nicht geurteilt werden, weil das Rechtsverhältnis für eine derartige Prozeßerledigung nicht präjudiziell ist.

§ 254.

Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

Mot. S. 189. KPr. S. 90, 543.

1. § 254 bezieht sich auf Ansprüche, die durch neue Anträge nach § 240 Nr. 2 oder 3, durch Klagänderung (§ 241), durch Inzidentanträge (§ 253) oder durch Widerklage

Digitized by Google

(§§ 33, 253) erhoben werden; nicht auf Kompensationseinreden (vgl. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136 und Bem. Nr. 2 zu § 235). Die Rechtshängigkeit tritt nicht schon mit Zustellung des Schriftsatzes, worin der betreffende Antrag angekündigt wird, sondern erst durch den Vortrag der Sachbitte nebst der Begründung in der mündlichen Verhandlung ein. Wegen Verlesung des Antrags s. § 269.

2. Die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit treten nur ein, wenn die betreffenden Anträge nach Prozeßrecht zulässig und ordnungsmäßig sind; die prozeßrechtlichen (§ 235) aber schon bei unzulässigen Anträgen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 235).

§ 255.

Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

In betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

§ 256.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des § 251 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 25—38, 195—204. KPr. S. 90, 543.

1. Beweis, Beweisführung, Beweisaufnahme, Beweisantretung, Beweisgrund, Beweismittel, Beweiseinreden.

Aus der Litteratur: Planck Lehrb. II S. 106, Hellmann Lehrb. § 77, Wach Vortr. S. 148 ff., Heusler die Grundlagen des Beweisrechts Arch. f. c. Pr. LXXII S. 209 ff., v. Canstein die Grundlagen des Beweisrechts Ztschr. f. d. CPr. II S. 297 ff., Wendt Beweis und Beweismittel Arch. f. c. Pr. LXXIII S. 254 ff., Ude Ztschr. f. d. CPr. VI S. 432 ff. Beweisen heißt die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung feststellen. Die darauf abzielende Thätigkeit der Parteien heißt Beweisführung, die des Gerichts Beweisaufnahme oder Beweiserhebung. Soweit die sog. Verhandlungsmaxime (Gegensatz Offizialmaxime, Inquisitionsprinzip) gilt, werden regelmäßig nur die Beweise aufgenommen, deren Aufnahme eine Partei beantragt. Solche Anträge heißen Beweisantretung. Soweit die Verhandlungsmaxime nicht gilt, d. i. in Bezug auf die von Amtswegen zu berücksichtigenden Voraussetzungen der Gültigkeit einer Prozeßhandlung, z. B. Prozeßfähigkeit, Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54), Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Restitutionsgesuchs (§ 216), des Einspruchs (§ 303), eines Rechtsmittels (§§ 497, 529, 537) oder der Wiederaufnahmeklage (§ 552), ferner im Eheprozesse in Bezug auf Thatsachen, die zur Aufrechthaltung der Ehe dienen (§ 581), und im Entmündigungsprozesse (§§ 611, 620, 624, 626), werden Beweise auch von Amtswegen aufgenommen. Aber auch, wo die Verhandlungsmaxime Platz greift, kann das Gericht unabhängig von Parteianträgen Beweis aufnehmen, wenn Augenschein oder Gutachten von Sachverständigen geeignet sind, die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung festzustellen (§ 135), wenn der Eid einer Partei nach Ansicht des Gerichts geeignet ist, ein unvollständiges Beweisergebnis zu ergänzen oder zu beseitigen (§ 437) und wenn die eidliche Schätzung eines

Digitized by Google

Schadens oder Interesses angezeigt erscheint (§ 267). Beweisgrund ist, was den Richter veranlaßt, die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung als festgestellt anzunehmen. Formelle Beweisgründe heißen diejenigen, bei deren Vorhandensein das Gesetz dem Richter gebietet, die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung als festgestellt anzunehmen. Solche Beweisgründe giebt es im modernen Prozesse zwei: die eidliche Aussage einer Partei und die Eidesverweigerung. Materielle Beweisgründe sind die die Überzeugung des Richters bestimmenden Anlässe. Sie alle aufzuzählen ist unmöglich. Die wichtigsten sind sinnliche Wahrnehmungen des Richters, erlangt durch Augenschein (mit oder ohne Sachverständige), und glaubwürdige Mitteilungen der Parteien oder Dritter über ihre Handlungen oder Wahrnehmungen. Die Mitteilung kann mündlich oder durch Urkunde erfolgen. Beweisgrund heißt man auch die Thatsache a_1, woraus die Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung a_2 gefolgert werden kann, im Verhältnisse zu dieser Behauptung. Der Beweis der Thatsache a_1 heißt im Verhältnisse zur Thatsache a_2 indirekter oder Indizienbeweis. Beweisgrund in diesem Sinne ist das außergerichtliche Geständnis einer Partei, d. i. die Äußerung, worin sie eine ihr nachteilige Thatsache einräumt. Aus der Thatsache des Zugeständnisses ist die Wahrheit der zugestandenen Thatsache zu folgern. Über das außergerichtliche Geständnis vgl. Wetzell Syst. § 22, Planck Lehrb. I S. 63, II S. 160, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 257 ff., Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 216 ff. In den Mot. S. 198 f. findet sich über das außergerichtliche Geständnis die Äußerung: „Der Entw. enthält sich einer Aufzählung aller Beweismittel, er hebt nur einige derselben hervor ... Das außergerichtliche Geständnis ist wegen seines Zusammenhangs mit dem Civilrechte nicht geregelt, aus der Nichterwähnung darf selbstverständlich nicht geschlossen werden, daß dem außergerichtlichen Geständnisse der Wert eines Beweismittels hat genommen werden sollen." Die Bezeichnung des außergerichtlichen Geständnisses als Beweis*mittel* beruht auf Irrtum; der Verf. verwechselte Beweisgrund mit Beweismittel. Über indirekten Beweis vgl. a. Bem. Nr. 2.

Als *Beweismittel*, d. i. Mittel zur Beschaffung von Beweisgründen, ergeben sich hiernach die Aufforderung einer Partei zur Eidesleistung, die Einnahme des Augenscheins, die Vernehmung von Zeugen und von Sachverständigen, die Besichtigung von Urkunden. Ungenau, aber ganz allgemein werden Parteieid, Augenschein, Zeugen, Sachverständige und Urkunden Beweismittel genannt (vgl. die Mot. S. 199).

Aufgehoben sind alle Prozeßvorschriften, die in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen (EG. § 14 Nr. 2; vgl. jedoch Bem. Nr. 3 dazu). Ohne prozeßrechtliche Wirkung sind Vereinbarungen oder statutarische Bestimmungen, wodurch in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln oder einzelne Beweismittel ausgeschlossen oder nur unter Beschränkungen zugelassen werden. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 63, Wach eod. S. 225 u. Handb. I S. 193 N. 12, Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 301 ff., RG. Entsch. XX S. 402.] S. a. Bem. Nr. 4 zu § 260.

Die Beweisantretung kann dem Gegner Anlaß geben, sich über die Zulässigkeit und die Wirksamkeit der beantragten Beweiserhebung zu äußern. Diese Äußerung heißt Beweiserklärung. Über die Erklärung bei Urkunden- und bei Eidesbeweis enthalten die §§ 404, 417 Bestimmungen. *Beweiseinreden* sind nach der Definition des hann. Entw. § 285 und des nordd. Entw. § 475 „thatsächliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit, die rechtliche Wirksamkeit oder die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels." Diese Einwendungen sind im § 256 erwähnt. Da das Beweisurteil des früheren Prozeßrechts nicht aufgenommen ist, treten sie zurück in die Reihe der mittelbar erheblichen Behauptungen. Ihre Beziehung

Digitized by Google

auf die Beweismittel des Gegners ist kein Grund zu einer prozessualischen Sonderstellung (Mot. S. 196).

2. System der Beweisverbindung. [Vgl. Wach Vortr. S. 148 ff., Planck Lehrb. II S. 183 ff.] Nach dem früheren gemeinen Prozeßrechte waren die Behauptungen der Parteien einerseits und die auf den Beweis bezügliche Thätigkeit der Parteien andererseits in zwei, durch das sog. Beweisurteil getrennte Prozeßabschnitte verwiesen. In dem ersten Prozeßabschnitte wurden die Behauptungen und die Bestreitungen vorgebracht, ohne daß von deren Beweis die Rede war. In einem zweiten Abschnitte folgten die Beweisantretungen, die Beweiserklärungen und die Beweisaufnahmen. [Über die geschichtliche Entwickelung dieses Systems s. Planck die Lehre vom Beweisurteile §§ 1—25.] Die deutsche CPrO. hat dieses System verlassen. Behauptungen und Beweise sind nicht mehr in getrennte Abschnitte verwiesen. Den Parteien steht es nicht bloß frei, aus der einen Thätigkeit in die andere überzugehen und wieder zur ersten zurückzukehren, sondern beide Thätigkeiten sollen miteinander verbunden werden (Beweisverbindung). Die Beweisanordnung hat nicht mehr die Natur eines Urteils. Nur die Anordnung des Eides hat in den Regelfällen (Ausnahmen: § 426) diese Natur behalten.

Über das System der Beweisverbindung wird in den Motiven ausgeführt: „Die Beweise treten mit den Behauptungen in gleiche Linie; wie diese anzuführen, so sind jene anzubieten; das Gesetz, nicht das Gericht, sagt den Parteien, was von ihnen behufs Durchführung ihrer Ansprüche zu beweisen sei und wer von ihnen dieses zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht, die Parteien darüber belehrt, welche Behauptungen sie zur Begründung ihrer Ansprüche und zur Widerlegung der gegnerischen Ansprüche vorzubringen haben. Demgemäß ist der Beweisbeschluß nichts anderes, als eine Verfügung, welche die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt; er enthält keine Beweisauflage, keine Aufforderung an die Parteien, nachträglich den Beweis von Thatsachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält, die Parteien aber für unerheblich erachtet haben, keine Regelung der Beweislast. Die Notwendigkeit und das Bedürfnis, die Beweislast zu regeln, wird prinzipiell nicht berührt; wohl aber wird dieses Bedürfnis, im Hinblicke auf das Ergebnis geführter oder nichtgeführter Beweise in sehr vielen Fällen praktisch sich gar nicht geltend machen .... Mit der Beweisverbindung des Gesetzes ist der Begriff des Gegenbeweises im (früheren) gemeinrechtlichen Sinne unvereinbar. Dieser Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut adoptiert hat; nur in einem solchen Verfahren kann einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem solchen Verfahren ist eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie sie sich im gemeinen Prozeßrechte entwickelt hat, möglich und angebracht. Werden mit der Aufstellung der Behauptungen die Beweise angetreten und werden die Beweise aufgenommen, ohne daß entschieden wird, wem die Beweislast obliegt, so läßt sich zwar die Richtung der Beweisführung — ob ein Beweismittel zum Nachweise oder zur Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung dienen soll — unterscheiden, allein darin liegt bekanntlich das Wesen des Gegensatzes zwischen Beweis und Gegenbeweis nicht. Nach dem Systeme des Gesetzes wird der Beweis nicht auferlegt, es kann sonach der Gegenbeweis nicht stillschweigend vorbehalten sein; für die Behauptung wie für die Gegenbehauptung muß der Beweis von den Parteien von vornherein angetreten werden; den einen wie den anderen muß der Richter durch den Beweisbeschluß zugelassen haben, wenn er überhaupt zur Aufnahme kommen soll, und wenn auch schon bei Zulassung der Beweise der Richter sich klar zu machen haben wird, was aus dem Nachweise oder der Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung für die Entscheidung folgt, so kommt doch die Beweispflicht der einen oder anderen Partei als solche erst in Frage, wenn das Resultat des erhobenen Beweises gezogen wird und sich dabei herausstellt, daß nichts erwiesen sei; daraus folgt, daß eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen ist, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten hat; die Frage, ob und was bewiesen ist, tritt in den Vordergrund. Das

Digitized by Google

Gesetz hat um die Übertragung bisheriger Anschauungen auf das von ihm gewollte, dem bestehenden preußischen Rechtszustande konforme Prozeßrecht zu verhüten, den Ausdruck „Gegenbeweis" vermieden und sich statt dessen der Ausdrücke „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" (§§ 121 Nr. 5, 255 Abs. 1, 324 Nr. 3) und „Beweis des Gegenteils" (§§ 153 Abs. 2, 411, 428, 429) bedient; nur in § 16 Nr. 1 des Einführungsgesetzes mußte von dem Ausdrucke „Gegenbeweis" Gebrauch gemacht werden, weil es wünschenswert erschien, bei Definition der praesumtio iuris dem bisherigen Sprachgebrauche zu folgen."

[Gegen die in den Motiven vorgetragene Ansicht von der Unvereinbarkeit des Gegenbeweises im gemeinrechtlichen Sinne mit dem Systeme der CPrO. streitet Bolgiano Arch. f. c. Pr. LIX S. 205 ff., Handb. S. 505 ff., Ztschr. f. d. CPr. III S. 196 ff., vgl. auch XI S. 241 ff. Seine Ausführungen sind verfehlt.]

Die Motive bemerken ferner: „Daß sich eine Partei zum Beweise oder zur Widerlegung derselben thatsächlichen Behauptung gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln bedienen kann, bedurfte keiner ausdrücklichen Hervorhebung. Dasselbe gilt von der Bestimmung der württemb. PrO. Art. 406, daß streitige Thatsachen unmittelbar oder mittelbar durch die Erweisung solcher Thatsachen bewiesen oder widerlegt werden können, aus welchen sich die Wahrheit bezw. Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen mittels Schlußfolgerungen ergiebt, und von den Bestimmungen der bay. PrO. Art. 326, daß eine Partei, wenn sie durch Schlüsse oder Vermutungen Beweis führen will, ihr Beweisanerbieten auch auf die Thatsachen, aus welchen der Schluß gezogen oder die Vermutung abgeleitet werden soll, zu richten hat und daß ein solches Anerbieten nicht das gleichzeitige Angebot unmittelbarer Beweise ausschließt. Beide Bestimmungen konnten um so weniger Aufnahme finden, als sie geeignet erscheinen, Mißverständnisse hervorzurufen. Mit der Beweisverbindung des Gesetzes ist der Begriff des künstlichen Beweises — oder richtiger, der künstlichen Beweisführung im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie — unvereinbar. Denn, sollen mit der Aufstellung der Thatsachen zugleich die Beweise angetreten werden, so müssen die Thatsachen so konkret vorgelegt werden, wie die Benutzung der Beweismittel es erfordert. Daraus folgt, daß sich die Parteien nicht darauf beschränken können, die unmittelbar erheblichen Thatsachen zu behaupten, daß sie vielmehr verpflichtet sind, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen sofort in der Verhandlung vor Erlaß des Beweisbeschlusses vorzubringen. Dadurch wird der Richter in den Stand gesetzt, die von der Partei gezogenen Schlußfolgerungen prüfen und die angebotenen Beweise sofort verwerfen zu können, wenn er sich von der Richtigkeit der Schlußfolgerungen nicht zu überzeugen vermag. Dieser Vorteil, die Vermeidung nutzloser Beweisführungen, würde aufgegeben werden, wenn in dem Beweisbeschlusse nicht die mittelbar erhebliche Thatsache, sondern, der gemeinrechtlichen Theorie entsprechend, die unmittelbar erhebliche Thatsache zum Beweise verstellt und die Auflösung der letzteren in künstlichen Beweis nach Erlaß des Beweisbeschlusses gestattet würde (vgl. hann. Prot. XV 5575—5581)."

Entsprechend dem Grundsatze, daß Behauptungen und Beweisanerbietungen miteinander zu verbinden sind, wird in § 256 Abs. 1 ausgesprochen, daß Beweismittel und Beweiseinreden ebenso wie Behauptungen (s. § 251 Abs. 1) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung (über diesen Zeitpunkt s. § 127 Abs. 4 u. Bem. Nr. 3 dazu), worauf ein Urteil ergeht (dazu vgl. Bem. Nr. 4 zu § 251), vorgebracht werden können. Abs. 2 des § 256 wiederholt für Beweismittel und Beweiseinreden die in § 251 Abs. 1 für andere Angriffs- und Verteidigungsmittel gegebene Vorschrift zum Schutze gegen Verschleppungen; die in Bem. Nr. 6 zu § 251 entwickelten Sätze gelten auch hier. GKG. § 48 ist auch im Falle des § 256 Abs. 2 anwendbar. — Zurückweisung von Beweismitteln s. §§ 339, 398.

3. Beweisbedürfnis und Beweislast. Thatsächliche Behauptungen bedürfen des Beweises, wenn sie vom Gegner ordnungsmäßig bestritten sind; vgl. die §§ 129, 261, 404. Nur insoweit das Offizialprinzip gilt, kann auch ohne Bestreitung das Bedürfnis nach Beweis eintreten (vgl. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 129, Bem. Nr. 8 zu § 261). Trotz der

Digitized by Google

Bestreitung bedürfen Thatsachen, die bei Gericht offenkundig sind, keines Beweises (§ 264). Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß die Beweismittel bezeichnet werden (§ 130). Des Beweises bedürftige Thatsachen, für die kein Beweis von Seite der beweispflichtigen Partei angeboten ist, sind als nicht beweisbar zu behandeln, so daß die Entscheidung zu Ungunsten der beweispflichtigen Partei fällt. Daß die Partei erfolglos zur Bezeichnung der Beweismittel aufgefordert wurde, ist nicht gerade erforderlich; denn sie muß wissen, was sie zu erweisen hat. Immerhin wird die pflichtmäßige Handhabung des Fragerechts dazu führen, daß jene Aufforderung nicht leicht unterbleibt.

Welche Partei den Beweis zu führen hat (Beweislast), bestimmt sich insofern nach dem materiellen Rechte, als sich daraus ergiebt, was zur Begründung des in der Klage behaupteten Rechts, was zur Begründung einer Einrede, einer Replik ꝛc. gehört. Aber die in den Mot. des Entw. S. 201 aufgestellte Behauptung, daß die Regeln über Beweislast in das materielle Recht gehörten, ist unrichtig [vgl. Wach I S. 125, Planck II S. 173]. Jedenfalls aber gelten zur Zeit noch die aus dem Civilrechte sich ergebenden Regeln über Beweislast, insbesondere die zahlreichen Bestimmungen, wonach eine Thatsache bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist (Vermutungen, Präsumptionen); vgl. EG. § 16 Nr. 1.

Aus der Litteratur über Beweislast: A. D. Weber, Verbindlichkeit z. Beweisführung i. CPr. (3. Aufl., besorgt von Heffter, Halle 1845), Bethmann-Hollweg Versuche Nr. V, J. A. M. Albrecht d. Exceptionen d. gem. d. Civilprozesses (München 1835), Planck die Lehre von dem Beweisurteil (Göttingen 1848) § 33, Helmolt Verh. d. Exceptionen z. Beweislast (Gießen 1852), H. Gerber Beiträge z. L. v. Klagegrunde u. d. Beweislast (Jena 1858), Langenbeck Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten 2. Abt. (Leipzig 1860), Maxen Beweislast, Einreden und Exceptionen (Göttingen 1861), Fitting Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 1 ff., Reinhold d. L. v. d. Klagegrunde, d. Einreden u. d. Beweislast (Berlin 1888) u. Ztschr. f. d. CPr. XX S. 113 ff., Betzinger d. L. v. d. Beweislast (Karlsruhe 1894), Puchta Pand. u. Vorl. § 97, Windscheid Pand. I § 133, Bayer Vortr. § 227, Wetzell Syst. § 15, Planck Lehrb. II § 107 S. 168 ff. Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 193—198 und die Begründung I S. 382 ff. In der 2. Lesung wurden die §§ 193—197 als entbehrlich gestrichen; § 198 soll umgestaltet als § 264a der CPrO. einverleibt werden.

Im Beweisbeschlusse wird nicht über die Beweislast entschieden. Immerhin wird das Gericht schon vor der Erlassung des Beweisbeschlusses erwägen, ob die Partei, die Beweis antrat, beweispflichtig ist; denn wenn die Beweispflicht nicht sie, sondern den Gegner trifft und dieser gar keinen Beweis antrat, wäre die Aufnahme des Beweises zwecklos. — Über die Beweislast ist stets zu entscheiden, wenn es zur Auflage eines zugeschobenen Eides kommt (vgl. § 412), ferner, wenn Thatsachen des Beweises bedürftig bleiben und von keiner Seite Beweis angeboten wird. Über die Bedeutung der Beweislast für die Auflage eines richterlichen Eides vgl. Bem. Nr. 2 zu § 437.

§ 257.

Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

Mot. S. 195—200, 204, 205. KPr. S. 99, 543.

1. Der Beweisbeschluß bewirkt nicht, wie das gemeinrechtliche Beweisurteil, eine Cäsur des Verfahrens, sondern eröffnet nur ein Zwischenverfahren, nach dessen Erledigung der Prozeß seinen regelmäßigen Fortgang nimmt. Der Beweisbeschluß bindet weder das

Digitized by Google

Gericht noch die Parteien. Das Gericht kann den Beweisbeschluß nach neuer mündlicher Verhandlung zurücknehmen, es kann die Thatsachen, worüber ein Beweisbeschluß erlassen ist, im Urteile für unerheblich erklären. Über Anträge der Parteien auf Änderung des Beweisbeschlusses s. § 325. Der Beweisbeschluß ist erst mit dem Endurteile anfechtbar (§§ 473, 510).

2. Über Form und Inhalt des Beweisbeschlusses s. § 324 nebst den Bemerkungen.

§ 258.

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgt, so haben die Parteien das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.

Mot. S. 204, 205. KPr. S. 90, 91, 543.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 7 ff., S. 184, Handb. I S. 332 N. 39, Planck I S. 182 ff., v. Wersebe Ztschr. f. d. CPr. I S. 432 ff., v. Krämel eod. II S. 402 ff., Bierhaus eod. V S. 100, Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 271 ff., und XXX S. 145 ff., Rocholl Rechtsf. I S. 501 ff., Lippmann Arch. f. d. CPr. LXX S. 95 ff., H. Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 707, XXXI S. 384 ff. Vgl. a. v. Kries Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 114.

2. Die Verhandlung über das Ergebnis der Beweisaufnahme ist eine Fortsetzung der früheren, durch das Beweisverfahren unterbrochenen Verhandlung. Da der Termin, in dem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt ist (§ 335), findet die Verhandlung regelmäßig in demselben Termine wie die Beweisaufnahme statt, es braucht daher das Ergebnis nicht von den Parteien vorgetragen zu werden. Immerhin kann die Verhandlung vertagt werden. Auch in dem späteren Termine brauchen die Parteien das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vorzutragen, wenn die Richter dieselben sind, vor denen die Beweisaufnahme stattfand, und ihre Erinnerung, die durch das Protokoll aufgefrischt werden kann, ausreicht. Hat jedoch ein Wechsel im Richterpersonale stattgefunden oder reicht die Erinnerung der Richter nicht aus, so haben die Parteien ebenso wie in dem Falle, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte stattfand, das Ergebnis der Beweisaufnahme vorzutragen; nur wenn dem Gerichte dieser Vortrag nicht ausreichen sollte, ist die Beweisaufnahme zu wiederholen (vgl. §§ 368 Abs. 1, 377 Abs. 1). [So auch Struckm. Koch (6) N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 521, v. Wersebe a. a. O., RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 194. AM. Petersen (2) S. 432; v. Krämel a. a. O.] Vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 147.

3. Ist die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt, so ist das Ergebnis von den Parteien auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen, und zwar, soweit wörtliche Anführung nötig ist, unter Verlesung des Protokolls. Berichterstattung eines Gerichtsmitgliedes über das Beweisergebnis und Verlesen des über die Beweisaufnahme aufgenommenen Protokolls von Amtswegen ist unzulässig. Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Parteivortrags wird zunächst durch die gegenseitige Kontrolle der Parteien verbürgt. Bei Abweichungen entscheidet das Protokoll. Neben der Kontrolle der Parteien steht die des Vorsitzenden (§ 127 Abs. 3, § 130) und der Gerichtsmitglieder (§ 130 Abs. 3). Das protokollierte Ergebnis der Beweisaufnahme ist amtlich zur Kenntnis des Gerichts gelangt. Das Gericht hat daher das Recht und die Pflicht, auf Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Parteivorträge aufmerksam zu machen und deren Vervollständigung und Berichtigung zu veranlassen. Stellt sich erst nach Schluß der

Digitized by Google

mündlichen Verhandlung die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der auf die Beweisaufnahme bezüglichen Vorträge heraus, so darf das Gericht zwar nicht das protokollierte, ihm aber nicht vorgetragene Ergebnis im Urteile verwerten, andererseits aber auch nicht auf Grund der unvollständigen oder unrichtigen Parteivorträge entscheiden, sondern es muß die Verhandlung wieder eröffnen (§ 142) und die Ergänzung oder Berichtigung veranlassen. Sollte es vorkommen, daß die Parteien trotzdem ein Beweisergebnis, z. B. die Aussage eines Zeugen, nicht vortragen, so liegt Verzicht auf dieses Beweisergebnis vor und das Gericht darf es im Urteile nicht verwerten, es wäre denn, daß die Beweiserhebung einen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkt betrifft oder von Amtswegen angeordnet wurde. [Vgl. nordd. Prot. S. 670 ff., Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 521, Petersen S. 432 f., Endemann II S. 69 f., Wersebe, H. Meyer und wohl auch Planck a. a. O.; vgl. ferner RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV Nr. 102 S. 369, 22. Nov. 1882 VIII Nr. 88 S. 327, wo für die Berufungsinstanz die Verwertung irgendwelcher von den Parteien nicht reproduzierter Beweisergebnisse als unzulässig erklärt wird. AM. Wach, Koffka, Lippmann, Rocholl, v. Kries a. a. O.] Dagegen sind auch übereinstimmende Vorträge der Parteien nicht imstande, das Gericht zur Annahme eines dem Protokolle nicht entsprechenden Beweisergebnisses zu nötigen.

§ 259.

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

Mot. S. 206—208. KPr. S. 91, 92, 543.

1. Abs. 1 enthält den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dieser Grundsatz ist in allen neueren Gesetzen und Entwürfen angenommen (vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 39, preuß. Konkursordn. v. 8. Mai 1855 § 111, preuß. Ges. v. 9. Mai 1855 § 17 und v. 1. März 1869 § 21, hannov. Ges. v. 2. Juli 1864 § 8, württ. PrO. Art. 443, bay. PrO. Art. 345, hann. Entw. § 306, preuß. Entw. § 421, Mot. S. 92—95, nordd. Entw. § 455 und Prot. II S. 679—682, 745, 746; RG. über das Urheberrecht ꝛc. v. 11. Juli 1870 § 29 Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 6, RBeamtenges. v. 21. März 1873 § 144, RG. über Markenschutz v. 30. Nov. 1874 § 16, RG. über das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst v. 9. Jan. 1876 § 16, RG. über den Schutz der Photographien v. 10. Jan. 1876 § 9, RG. an Mustern ꝛc. v. 11. Jan. 1876 § 14). Vgl. a. Planck Kr. VJSchr. IV S. 248 ff., Votum d. 6. D. Juristentages (Verhandl. II S. 278, 284) und des 9. D. Juristentages (II S. 221 ff.), L. Seuffert über richterliches Ermessen (Gießen 1880), Ube Ztschr. f. d. CPr. VI S. 419 ff., Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 394 ff.

2. Die Motive bemerken: „Der Grundsatz, daß der Richter die Thatfrage frei zu würdigen habe, ist nicht auf das Ergebnis der Beweisführung beschränkt, sondern auf den gesamten Inhalt der Verhandlungen ausgedehnt worden. Diese Ausdehnung ist durch die Konsequenz und innere Gründe geboten. Soll die Entscheidung des Richters über die Wahrheit einer Thatsache auf seine Überzeugung gestützt werden, so ist es — insbesondere bei sogenanntem künstlichen Beweise — schlechterdings unmöglich, diejenigen Momente, die sich aus den Erklärungen der Parteien ergeben, von den durch eine Beweisaufnahme erbrachten Momenten zu sondern und in ihrer Bedeutung hinter diesen zurücktreten zu lassen. Indem der Richter auch das Ergebnis der Sachverhandlung

Digitized by Google

nach freier Überzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugnis gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesamten Sachverhandlung mittels Schlußfolgerung aus anderen unbestrittenen Thatsachen und dem gesamten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen."

Dagegen kann der Richter eine nicht bestrittene Thatsache nicht als unwahr annehmen; denn nicht bestrittene Thatsachen bedürfen (regelmäßig) keines Beweises; es greift folglich auch keine Beweiswürdigung Platz. Ausnahmen s. Bem. Nr. 8 zu § 261.

3. Freiheit des Ermessens bedeutet nicht richterliche Willkür. Der Richter muß die Frage, ob und was bewiesen ist, nach allgemein gültigen Wahrheitsmerkmalen beurteilen. Nur wenn die Lage eine solche ist, daß man sich nach bewährter Erfahrung eine feste Überzeugung von der historischen Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrittenen Thatsache bilden kann, darf der Richter im Prozesse die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache als erwiesen annehmen. Deshalb haben auch die Beweisregeln des früheren Prozesses, obwohl sie aufgehört haben, den Richter formell zu binden, den Wert „goldener Erfahrungssätze" [Mot. S. 208, vgl. a. Planck Kr. VJSchr. IV S. 251 u. Lehrb. II S. 192, L. Seuffert a. a. O.]. — Zur Selbstkontrolle des urteilenden Gerichts wie zur Kontrolle durch das Berufungsgericht dient die Vorschrift, daß in dem Urteile die Gründe anzugeben sind, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. Phrasen, wie „Auf Grund der Verhandlung und der Zeugenaussagen hat das Gericht die Überzeugung gewonnen, daß ꝛc." genügen dieser Vorschrift nicht. Wird der Vorschrift nicht genügt, so ist die Revision begründet. [Vgl. RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 212, vgl. a. RG. 31. Jan. 1882 VI Nr. 44 S. 170. Dagegen Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 336 ff.]

Aus dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung folgt, daß das Gericht befugt ist, Beweisanerbietungen der Parteien abzulehnen, wenn es von der Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache bereits vollständig überzeugt ist und unter Angabe der Gründe feststellt, daß die angebotene Beweisführung seine Überzeugung nicht zu beeinflussen vermöchte [vgl. Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 523, Petersen (2) S. 433, Wernz Ztschr. f. R. u. LR. III S. 362, Ude a. a. O. S. 441 f., RG. 6. April 1881 Entsch. IV Nr. 23 S. 86, 3. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 160, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 44 u. 261. AM. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 85] oder wenn es die Thatsache, worüber Beweis angeboten ist, für nicht erheblich erachtet, weil die von der Partei daran geknüpften Schlußfolgerungen nicht richtig sind [Mot. S. 199, KPr. S. 181 f., 551 f., Pr. d. 168. Sitz. S. 3 mit Bezug auf Zeugenbeweis, Ude a. a. O. S. 411 ff., RG. 21. März 1881 Entsch. IV Nr. 104 S. 377, 26. Sept. 1892 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 80]. Dagegen gewährt § 259 nicht die Befugnis, eine angebotene Beweisführung aus dem Grunde abzulehnen, daß es dem Gerichte nicht wahrscheinlich sei, daß die Beweiserhebung ein für die richterliche Überzeugung einflußreiches Resultat liefern werde. [Vgl. RG. 21. März 1881 Entsch. IV Nr. 104 S. 377, 2. Dez. 1881 V Nr. 122 S. 429, 16. Juni 1884 XV Nr. 85 S. 336, 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1100, 9. Jan. 1886 eod. XXX S. 1034, 11. März 1886 eod. XXX S. 1027, 11. Mai 1886 SA. XLII Nr. 67, 28. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1188, 7. März 1891 eod. XXXV S. 971, 23. Juni 1891 Beitr. z. Erl. d. DR. XXXVII S. 137, 24. Sept. 1891 eod. S. 750.] In solcher Ablehnung, sowie auch darin, daß das Gericht ein Beweisanerbieten übergeht, ohne sich darüber auszusprechen, liegt eine die Revision begründende Verletzung des Gesetzes [RG. 21. April 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1155, vgl. RG. 10. Okt. 1883 eod. S. 1161, RG. 3. Dez. 1884 eod. XXIX S. 1004].

4. EG. § 14 Nr. 1 beseitigt landesgesetzliche Vorschriften über die bindende Kraft

Digitized by Google

des strafgerichtlichen Urteils für den Civilrichter. Gleichwohl wird der Civilrichter sich nicht ohne zwingende Gründe mit dem strafgerichtlichen Urteile in Widerspruch setzen. Über Beweiswürdigung auf Grund von Zeugenaussagen, die im Strafverfahren abgegeben wurden, vgl. RG. 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 89 S. 342.

5. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist durch verschiedene in der CPrO. enthaltene Bestimmungen beschränkt (Beweisregeln). Diese beziehen sich auf die Beweiskraft von Urkunden (§§ 380—383), auf die Beweiskraft des Eides und auf die Folgen der Erlassung und Verweigerung des Eides (§§ 392, 406 Abs. 3, 423, 428, 429, 437, 439). Weitere Beweisregeln enthalten die §§ 150, 181 Abs. 2, 185 Abs. 2, 285, 403 Abs. 2, 405 Abs. 2 und EG. § 16 Nr. 2. Keine Regeln über Beweiswürdigung, sondern Regeln über Beweislast (Vermutungen) enthalten die §§ 153 Abs. 2 und 402. Vorschriften, die bestimmen, daß thatsächliches Vorbringen einer Partei wegen einer Versäumung des Gegners als zugestanden anzunehmen ist (§§ 129 Abs. 2, 217 Abs. 4, 220 Abs. 2, 296 Abs. 1, 316 Abs. 2, 404 Abs. 3, 504), sind keine Beschränkungen der Freiheit der Beweiswürdigung, also keine Beweisregeln; denn hierbei ist von Beweiswürdigung überhaupt nicht die Rede. Auch die als Versäumnisfolgen eintretenden Fiktionen der Zustellung (§§ 161, 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 2, 189, 190) und der Eidesverweigerung (§§ 417, 430) sind aus dem gleichen Grunde keine Beweisregeln.

Durch § 259 Abs. 2 sind alle nicht in der CPrO. enthaltenen oder im EG. vorbehaltenen Beweisregeln außer Kraft gesetzt.

§ 260.

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.

Mot. S. 208, 209. KPr. S. 92, 543.

Litteratur: Wach Kr. VJSchr. XIV S. 359 ff., Ude Ztschr. f. d. CPr. VI S. 451 ff., Rocholl eod. X S. 338 ff.

1. § 260 Abs. 1 enthält Erweiterungen des richterlichen Ermessens für die Entscheidung über streitige Ansprüche auf Schadensersatz oder Interesse. Über diese Begriffe s. Windscheid Pand. II §§ 257 f., Dernburg Pand. II §§ 44 f., Mommsen z. L. v. Interesse (1855), Cohnfeldt d. L. v. Interesse (1865), Degenkolb Arch. f. c. Pr. LXXVI S. 1 ff. Schadens- oder Interesseersatz heißt die Leistung, wodurch die infolge eines gewissen Ereignisses bewirkte Minderung des Vermögens einer Person ausgeglichen wird. In § 260 kommen bloß Ansprüche auf Ersatz durch Geld, nicht auf Ersatz durch Wiederherstellung, in Betracht. Ob die Ersatzpflicht auf unerlaubtem Handeln, Vertrag oder sonstigem Thatbestande beruht, ist für die Anwendbarkeit des § 260 gleich. Nichtanwendbar ist § 260 auf Ansprüche, die nicht auf Schadens- oder Interesseersatz gehen, z. B. Ansprüche auf den nach dem billigen Ermessen zu bestimmenden Kaufpreis, auf Herausgabe grundloser Bereicherung, auf Restitution einer Dos, auf Herauszahlung eines Gesellschaftsanteils ꝛc.

Digitized by Google

[vgl. RG. 4. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 56 S. 224, wo die Anwendbarkeit des § 260 auf den Anspruch des Freikuxberechtigten an einem Bergwerke verneint wird]. Auf die Schätzung expropriierter Sachen ist § 260 jedenfalls nicht anwendbar, soweit das Expropriationsgesetz andere Bestimmungen über die Schätzung enthält (s. EG. § 16 Nr. 2). Enthält das Expropriationsgesetz keine solchen Bestimmungen, so kommt es darauf an, ob man die Expropriation als einen erzwungenen Kaufvertrag auffaßt oder als einen Vorgang anderer Art. Ersterenfalls ist § 260 nicht anwendbar, anderenfalls findet er Anwendung. Die Rechtsprechung des RG. schwankt; vgl. U. v. 2. März 1884 Entsch. XII Nr. 120 S. 404 mit U. v. 4. Mai 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 423.

2. In dem Rechtsstreite über einen Anspruch auf Schadensersatz (Interesse) ist zu behaupten und zu beweisen: a) der Thatbestand, woraus die Verpflichtung zum Schadensersatze abgeleitet wird, z. B. die schuldhafte Sachbeschädigung, die Körperverletzung, das betrügerische Vorgehen, die Verletzung der Vertragspflicht, die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung ꝛc. b) Der Kausalzusammenhang zwischen dieser Thatsache und dem Eintritte eines behaupteten Schadens oder Gewinnentgangs, dessen Ersatz beansprucht wird (Kausalität). c) Die Höhe des Schadens (Interesses). In Bezug auf den Beweis der Thatsachen ad a gelten die allgemeinen Regeln. In Bezug auf den Beweis der Kausalität ad b und der Höhe des Schadens ad c ist dem Gerichte eine noch freiere Stellung eingeräumt, als sie ihm nach der Regel des § 259 zukäme. *Erstens* wird das Gericht ermächtigt, selbst dann, wenn das Ergebnis der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht genügt, um die Kausalität und die Schadenshöhe zu erweisen, darüber unter Würdigung aller Umstände mit oder ohne Beiziehung von Sachverständigen nach freier Überzeugung zu entscheiden. Die Gründe, die für die Entscheidung leitend gewesen sind, brauchen (im Gegensatze zur Vorschrift des § 259) nicht angegeben zu werden und können oft nicht angegeben werden. *Zweitens* ist das Gericht ermächtigt, eine beantragte Beweisaufnahme einfach zu übergehen. *Drittens* kann das Gericht die Partei, die den Schadensersatz fordert, zur eidlichen Schätzung des Schadens (Interesses) zulassen. Der Schätzungseid ist eine Unterart des richterlichen Eides (§ 437); daher finden die §§ 438, 439 darauf entsprechende Anwendung. Folglich ist der Eid durch bedingtes Endurteil, nicht durch Beweisbeschluß aufzulegen.

Der Eid ist dahin zu leisten, daß der Schaden oder das Interesse *nach der Überzeugung des Schwörenden* sich bis zu dem von ihm angegebenen Betrage belaufe. Der Schwörende braucht nicht anzugeben, worauf sich seine Schätzung stützt [vgl. RG. 9. Juli 1890 SA. XLVI Nr. 141]. Das Urteil *muß* einen Betrag bestimmen, den die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf (iurare cum taxatione). In dem bedingten Urteile ist die Folge sowohl der Leistung wie der Verweigerung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, anzugeben. Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurteil ausgesprochen (§ 427). Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der Thatsache begründet, daß der Schaden oder das Interesse die beschworene Höhe erreicht (§ 428 Abs. 1). Das Gericht ist an die beschworene Höhe gebunden. Die Erlassung des Eides von Seite des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides (§ 429 Abs. 1). Die Verweigerung des Eides hat zur Folge, wenn der Gegner des Schwurpflichtigen einen geringeren Betrag des Schadens oder Interesses zugegeben hat, daß der Schaden oder das Interesse in diesem geringeren Betrage als feststehend gilt; wenn der Gegner des Schwurpflichtigen gar keinen Schadens- oder Interessebetrag zugegeben hat, daß *kein* Schadens- oder Interessebetrag als erweisbar angenommen, folglich der Anspruch abgewiesen wird (arg. § 429 Abs. 2). Eine nachträgliche Schätzung durch das Gericht kann nicht statt-

Digitized by Google

finden; die dem Kläger durch l. 71 D. de R. V. 6, 1, l. 2 C. de in lit. iur. 5, 53 gewährte Befugnis, unter Ablehnung des Eides richterliche Schätzung zu verlangen, ist aufgehoben. Daß der Schwurpflichtige ein Minus gegenüber dem ursprünglich verlangten und in die Eidesnorm aufgenommenen Betrage beschwören kann, ergiebt § 431. Erscheint der Schwurpflichtige nicht, so ist nach § 430 zu verfahren. [Zustimmend zu allen Sätzen Ude a. a. O. S. 462 f.]

Die Erweiterung des richterlichen Ermessens kommt der den Schadensersatz fordernden Partei auch insofern zu gut, als sie bei Darlegung des Schadens sich auf das richterliche Ermessen verlassen kann, folglich, unbeschadet des richterlichen Fragerechts, den Schaden nicht in allen Einzelheiten vorzurechnen und zu erweisen braucht [vgl. RG. 8. Jan. 1883 Entsch. IX Nr. 120 S. 416, 26. Sept. 1883 X Nr. 130 S. 404, 15. Okt. 1883 X Nr. 20 S. 74, 9. Juni 1888 XXI Nr. 19 S. 90, 23. Nov. 1889 XXV Nr. 18 S. 78, 9. Juli 1890 SA. XLVI Nr. 141, 23. Juni 1894 SA. L Nr. 50 u. Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1217; einigermaßen abweichend U. v. 1. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 113 S. 368]. Nichtanwendung oder irrige Anwendung des § 260 Abs. 1 begründet die Revision [vgl. RG. 24. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 107 S. 356, 4. Nov. 1882 VIII Nr. 56 S. 220, 8. Jan. 1883 IX Nr. 120 S. 416, 26. Sept. 1883 X Nr. 130 S. 404, 23. Nov. 1889 XXV Nr. 18 S. 78, 23. Okt. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 501].

3. Die in dem gemeinen Rechte enthaltenen Vorschriften, wonach unter bestimmten Voraussetzungen der Schadensersatzberechtigte ein Recht darauf hatte, zur eidlichen Schätzung (iuramentum in litem, Würderungseid) zugelassen zu werden — s. Windscheid Pand. I § 133 Nr. 2b, Schröter Ztschr. f. CR. und Pr. VII S. 11, VIII S. 159 f. F. Mommsen Beitr. III S. 259 f., Wetzell Syst. § 28 N. 1; tit D. de in litem iurando 12, 3; tit. C. de in lit. iur. 5, 53; l. 18 pr. § 1 D. de dolo 4, 3; l. 68 D. de R. V. 6, 1; l. 25 § 1 D. sol. matr. 24, 3; l. 9 C. unde vi 8, 4 (iuramentum Zenonianum); c. 7 X. de his quae vi 1, 40 — sind beseitigt. Nicht aufgehoben sind die mit den Bestimmungen über den Würderungseid verbundenen Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Leistung des Interesses zur Entstehung gelangt. — Die in l. un C. de sent. quae pro eo etc. 7, 47 enhaltene Vorschrift über Maximalhöhe des Interesses ist durch § 260 nicht beseitigt; denn sie betrifft die Höhe der zulässigen Interesseforderung, nicht die Beweisführung [RG. 27. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 52 S. 182, 11. Dez. 1883 X Nr. 52 S. 194; abw. Dernburg Pand. II § 45 N. 16]. — Auch preuß. ALR. I 11 § 660 ist nicht aufgehoben [RG. 7. Jan. 1888 Entsch. XXIII Nr. 42 S. 200].

4. Vereinbarungen und statutarische Bestimmungen, daß bei der Festsetzung eines Schadens gewisse Beweismittel, z. B. der Schätzungseid, ausgeschlossen seien oder daß der Beweis des Schadens nur durch bestimmte Beweismittel solle geliefert werden können, sind ohne prozeßrechtliche Wirkung (s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu §§ 255, 256; vgl. a. nordd. Prot. II S. 1050). Anders verhält es sich mit folgenden Vereinbarungen: a) Ist die Entscheidung des ganzen Streits um den Schadensersatz vertragsmäßig bestimmten Personen übertragen, so liegt ein Schiedsvertrag vor. b) Die Feststellung des Schadensbetrags ist im Vertrage einem oder mehreren Schätzleuten (arbitratores) übertragen; darüber s. Bem. Nr. 2 vor § 851. c) In dem Vertrage ist bestimmt, daß für den Fall des Eintritts einer schädigenden Thatsache, z. B. des Untergangs eines Schiffes, eine bestimmte Summe bezahlt werden solle. Dann liegt überhaupt kein Anspruch auf Schadensersatz vor, sondern ein Anspruch auf eine bestimmte Summe, die von dem wirklichen Schaden verschieden sein kann. d) Im Vertrage ist bestimmt, daß als Schaden ersetzt werde, was sich durch eine im voraus bestimmte Berechnungsweise, z. B. bei teilweiser Schädigung durch Schätzung

Digitized by Google

des Restes und Abzug von dem Versicherungsbetrag, ergebe. Auch in diesem Falle entsteht aus dem Vertrage kein Anspruch auf „Schadensersatz" i. S. des § 260, sondern ein Anspruch auf Zahlung der nach der bestimmten Berechnung sich ergebenden Summe. [Vgl. RG. 15. Okt. 1887 Entsch. XX Nr. 92 S. 402, OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 59.]

§ 261.

Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

Mot. S. 210—214. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur: v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 257 ff., Demelius die Confessio im röm. CPr. und das gerichtl. Geständnis der neuesten Prozeßgesetzgebung (1888), Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 201 ff., Pollak gerichtliches Geständnis im CPr. (1892), Planck I § 62. Vgl. a. Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 428 ff.

2. Gerichtliches Geständnis ist die im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters abgegebene Erklärung, daß eine vom Gegner zu seiner Rechtsverfolgung oder Verteidigung aufgestellte Behauptung nicht bestritten werde.

a) Das Geständnis ist gerichtliches G. nur für den Rechtsstreit, in dessen Verlauf es abgegeben wurde; für andere Rechtsstreitigkeiten derselben oder anderer Parteien ist es außergerichtliches Geständnis. Wegen des außergerichtlichen Geständnisses vgl. Bem. Nr. 1 zu §§ 255, 256.

b) Das nicht bei einer mündlichen Verhandlung, sondern in einem vorbereitenden Schriftsatze abgelegte Geständnis ist kein gerichtliches Geständnis; es kann nur als außergerichtliches G. in Betracht kommen [vgl. RG. 28. Okt. 1882 SA. XXXVIII Nr. 347].

c) Gerichtliches Geständnis ist positive Erklärung, nicht Unterlassung des Bestreitens. Vgl. unten Bem. Nr. 3 litt. b.

d) Das gerichtliche Geständnis ist einseitige Erklärung; die Annahme durch den Gegner ist nicht erforderlich (Abs. 2). Als einseitige Handlung kann die Erklärung auch in Abwesenheit des Gegners erfolgen. [Mot. S. 211, Demelius a. a. O. S. 403, Wach a. a. O. S. 246, Planck I S. 321. AM. v. Canstein a. a. O. S. 329 ff.]

e) Die das Geständnis enthaltende Erklärung folgt zumeist nach einer gegnerischen Behauptung, kann aber auch vorausgehen. Ging sie voraus, bedarf es immer noch der entsprechenden Behauptung des Gegners. [Vgl. v. Bethmann Hollweg Vers. Nr. 4 S. 302 N. 102a, Wetzell Syst. § 19 Nr. 1 a. E., Bayer Vortr. § 223 Nr. 7, Planck I S. 252, 322 ff., RG. 4. Jan. 1893 SA. XLVIII Nr. 213.]

f) Das Geständnis kann sich beziehen α) auf die Behauptung reiner Thatsachen (Thatsachengeständnis). Ein solches G. liegt auch dann vor, wenn die Behauptung der Thatsachen unter Anwendung gemeinverständlicher juristischer Begriffe, z. B. Hingabe zum Darlehen, Abschluß eines Kaufvertrags, Verpfändung ꝛc., vorgetragen und zugestanden wird. β) Auf die Behauptung von Rechtsverhältnissen, z. B. des Eigentums, einer Servitut, eines Pfandrechts an einer Sache, eines Forderungsrechts, der Verwandtschaft zweier Personen, des Erbrechts ꝛc. Dieses Geständnis ist von dem Wortlaute des § 261 nicht gedeckt.

Digitized by Google

Gleichwohl muß es hinsichtlich der Wirkungen dem Geständnisse von Thatsachen gleichgestellt werden. Nicht bloß wurde das Zugeständnis von Rechtsverhältnissen im früheren gemeinen Prozesse nicht anders als das Thatsachengeständnis behandelt [vgl. Wetzell Syst. S. 197, Renaud Lehrb. S. 283], sondern diese Gleichstellung ist auch notwendige Konsequenz der gesetzlichen Vorschriften in §§ 261, 278. Wenn einerseits der § 261 den Parteien an die Hand giebt, durch Thatsachengeständnis die thatsächliche Unterlage der Rechtsverhältnisse der gerichtlichen Nachprüfung zu entziehen und dadurch indirekt über ihre Rechtsverhältnisse zu verfügen; wenn andererseits § 278 die Möglichkeit gewährt, durch Anerkenntnis des erhobenen Anspruchs die gerichtliche Prüfung der dem Anspruch zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse abzuschneiden, so ist nicht abzusehen, warum das Zugeständnis eines Rechtsverhältnisses der Parteidisposition in geringerem Maße anheimfallen sollte. [Im Ergebnis ebenso: Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 529, v. Canstein a. a. O. S. 340, Petersen (2) S. 439 und Ztschr. f. d. CPr. III S. 428 ff., Demelius S. 400 f., vgl. a. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 406, wo der § 263 auf das Zugeständnis von Forderungsrechten angewendet wird. AM. Struckm. Koch N. 2 zu §§ 261—263, Hellmann Lehrb. S. 267 f., Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 50 N. 16, Dernburg preuß. PrR. I § 81, RG. 29. Mai 1883 Entsch. X Nr. 111 S. 365 (im Ergebnis richtig, denn es lag kein Geständnis vor, aber unrichtig begründet), 21. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 113 S. 409.] γ) Auf den rechtshängig gewordenen Anspruch. Das Zugeständnis von Ansprüchen, im Gesetze Anerkenntnis genannt, ist in § 278 geregelt. Anerkenntnis ist Unterwerfung des Beklagten unter den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch. Es ist ein plus gegenüber dem Zugeständnisse von Thatsachen und von Rechtsverhältnissen. Beim Thatsachenzugeständnisse wird auf die richterliche Prüfung der Wahrheit der Thatsachen, beim Zugeständnisse eines Rechtsverhältnisses auf die Prüfung des Rechtsverhältnisses, beim Anerkenntnisse auf die Prüfung des Anspruchs verzichtet [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 234].

3. Wirkungen: a) Soweit das gerichtliche Geständnis reicht, bedürfen thatsächliche Behauptungen und Behauptungen über Rechtsverhältnisse (s. o. Bem. Nr. 2 litt. fβ) keines Beweises. Jede Partei hat die prozessualische Befugnis, durch Bestreiten der Wahrheit von Behauptungen des Gegners, deren Beweis diesem obliegt, den Gegner zur Beweisführung und das Gericht zur Beweiswürdigung zu veranlassen. Macht die Partei davon keinen Gebrauch, so ist der Gegner nicht zur Beweisführung veranlaßt und das Gericht kommt nicht in die Lage, die Wahrheit der betreffenden Behauptungen zu prüfen. (Ausnahmen s. Bem. Nr. 8.) Was zugestanden ist, bedarf keines Beweises, weil es nicht bestritten ist. In diesem Punkte stehen die zugestandenen mit den nicht bestrittenen Behauptungen gleich. Das hat zu der irreleitenden Redeweise von den „als zugestanden anzusehenden" Thatsachen verführt (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 129 und Bem. Nr. 2 zu § 296). Kommt das Gericht nicht in die Lage, die Wahrheit unbestrittener Behauptungen zu prüfen, so muß es diese Behauptungen als wahr annehmen. Das Gericht kann aber durch das Nichtbestreiten nicht genötigt werden, Behauptungen die nach feststehender Erfahrung nicht wahr sein können, und Behauptungen, deren Unwahrheit bei dem Gerichte offenkundig ist, als wahr anzunehmen. Denn in Bezug auf solche Behauptungen ist jede Beweisführung und Beweiserhebung ausgeschlossen (§ 264); wo aber eine Beweiserhebung ausgeschlossen ist, da kann nicht von einem Rechte der Gegenpartei auf Beweiserhebung die Rede sein; folglich ist ein Verzicht auf dieses Recht, wie er in einem Geständnisse läge, bedeutungslos. [Vgl. Demelius a. a. O. S. 404 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. c. Pr. I S. 276, 330, II S. 304 N. 6, Kohler Pr. als RV. S. 18 ff., 27 f., Stein das private Wissen des Richters S. 97 f., 167 f. AM. Langenbeck Ztschr. f. d. CPr. IV S. 493, Wilm. Levy N. 1

Digitized by Google

zu § 264 Abs. 3, Hellmann Lehrb. S. 297, Gaupp I S. 531, teilweise auch Planck I S. 332 f., 446 f.

b) Was gerichtlich zugestanden ist, kann nicht mehr beliebig, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 263 bestritten werden. Hier unterscheiden sich die zugestandenen von den nicht bestrittenen Thatsachen. Diese können nachträglich noch ohne die Voraussetzungen des § 263 bestritten werden. Die Gebundenheit an das Geständnis vorbehaltlich des Widerrufs aus Restitutionsgründen erklärt sich daraus, daß die positive Geständniserklärung im Gegensatze zu der bloßen Unterlassung des Bestreitens als Verzicht auf die prozessualische Befugnis, den Beweis gegnerischer Behauptungen zu verlangen, behandelt wird. [Dagegen de lege ferenda Demelius a. a. O. S. 335 ff.]

Das gerichtliche Geständnis ist weder Beweismittel noch Beweisgrund; vielmehr tritt, soweit das Geständnis reicht, Beweisbedürfnis und Beweiswürdigung gar nicht ein. [Vgl. Mot. S. 210, wo im Anschlusse an Wetzell Syst. S. 171 und Planck Kr. VJSchr. IV S. 254 vom ger. Gest. gesagt ist, es sei „kein die Überzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht," was übrigens nur cum grano salis richtig ist.]

4. Die Fähigkeit, gerichtliche Geständnisse abzulegen, fällt zusammen mit der Prozeßfähigkeit (§§ 50 ff.); sie kann einem Prozeßfähigen nicht fehlen. Das von einem gesetzlichen Vertreter abgelegte Geständnis ist gleichwertig mit dem Geständnisse der Partei. Desgleichen das Geständnis eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistandes gemäß §§ 81, 86; wird aber das Geständnis eines Bevollmächtigten oder Beistandes sofort von der miterschienenen Partei gemäß § 81 oder § 86 Abs. 2 widerrufen, so liegt gar kein gerichtliches Geständnis vor. — Dem Prozeßbevollmächtigten kann die Befugnis zum Geständnisse von Thatsachen und Rechtsverhältnissen in der Prozeßvollmacht nicht entzogen werden (arg. § 79).

5. Über das Geständnis einzelner Streitgenossen s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 58. Über das Geständnis des Intervenienten bei Bestreiten der Hauptpartei und umgekehrt s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 64 und Bem. Nr. 3 litt. b zu § 66.

6. Gerichtliche Geständnisse sind auf Antrag zu Protokoll festzustellen (§§ 270 Abs 2, 470 Abs. 2). Die Feststellung ist aber keine Voraussetzung für die Existenz und Wirksamkeit eines in der mündlichen Verhandlung abgelegten gerichtlichen Geständnisses (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 270). Dagegen kommt ein vor dem beauftragten oder ersuchten Richter abgelegtes Geständnis als gerichtliches Geständnis nur in Betracht, wenn es zum Protokolle festgestellt ist.

7. Wegen der Bedeutung des in der Vorinstanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses für die Berufungsinstanz s. § 494.

8. Die in Bem. Nr. 3 erörterten Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses treten nicht ein, soweit im Civilprozesse Offizialthätigkeit des Gerichts Platz greift [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 155 ff., 376 ff., bes. S. 188 und S. 393 ff., Planck I S. 331 f.]. Soweit dies der Fall ist, bedarf es des im Bestreiten gegnerischer Behauptungen gelegenen Anstoßes zur richterlichen Prüfung der Wahrheit von Parteibehauptungen nicht und kann den Parteien nicht die Befugnis zustehen, das Gericht durch Geständnisse von dieser Prüfung abzuhalten. Daher sind die gesetzlichen Geständniswirkungen ausgeschlossen in Bezug auf die von Amtswegen zu berücksichtigenden Voraussetzungen der Gültigkeit einer Prozeßhandlung, z. B. Prozeßfähigkeit, Legitimation des gesetzlichen Vertreters (§ 54), Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Restitutionsgesuchs (§ 216), des Einspruchs (§ 303), eines Rechtsmittels (§§ 497, 529, 537) oder der Wiederaufnahmeklage (§ 552); dann in Ehesachen (§ 577, vgl. c. 5 X. de eo qui cogn. 4, 13) und im Entmündigungsprozesse (§§ 611, 620,

Digitized by Google

624, 626). Indem das Gesetz gebietet, in Bezug auf jene Voraussetzungen eine Prüfung von Amtswegen anzustellen, entzieht es die thatsächliche wie die rechtliche Seite der Disposition der Parteien. Daher kann ein Geständnis der thatsächlichen Behauptungen, von denen solche Voraussetzungen abhängig sind, z. B. der für die Prozeßfähigkeit maßgebenden Zeit der Geburt, der für die Vertretungsbefugnis maßgebenden Bestellung zum Vormunde das Gericht von der Prüfung nicht abhalten. — In allen Fällen, wo das Geständnis die gerichtliche Prüfung der Wahrheit von Parteibehauptungen nicht verhindert, ist das Geständnis als Beweisgrund bei der Beweiswürdigung in Betracht zu ziehen. Die Würdigung dieses Beweisgrundes unterliegt dem freien Ermessen (§ 259); besteht kein Verdacht der Kollusion, so wird die Bedeutung dieses Beweisgrundes groß sein. In diesen Fällen kann das Geständnis auch ohne die Voraussetzungen des § 263 widerrufen werden. Welche Bedeutung der Widerruf für die Beweiskraft hat, steht ebenfalls im freien Ermessen des Gerichts.

Das bloße Nichtbestreiten kann keine größere Kraft haben, als der Verzicht auf den Beweis. Daher unterliegen im Bereiche des Offizialprinzips die Thatsachen der richterlichen Prüfung, auch wenn sie nicht bestritten sind (§§ 129, 296).

§ 262.

Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

Mot. S. 210—214. KPr. S. 92, 543.

1. Abs. 1 hebt die Regel des Code civ. art. 1356: „L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait" für diejenigen Gebietsteile auf, wo sie früher gegolten hat. Über die aufgehobene Regel s. Planck Kr. VJSchr. IV S. 254 ff., Mot. z. preuß. Entw. S. 94, Verhandl. des Gesetzgebungsausschusses der bay. Kammer der Abgeordneten 1863—1865 Beil.Bd. II Abt. 2 S. 167, 1864—1865 Beil.Bd. III Abt. 1 S. 168 ff., Mot. z. württemb. Entw. Art. 407—416, Bericht der Justizkommission der württemb. Kammer der Abgeordneten zum Art. 410, nordd. Prot. II S. 701, 703—706, Dernburg Abh. S. 346 ff. Für die Rechtsgebiete, in denen jene Regel nicht gegolten hat, hat Abs. 1 keine andere Bedeutung, als daß er die Einführung jener Regel durch Landesgesetz ausschließt.

2. Zu Abs. 2: Litteratur s. bei Wetzell Syst. § 19 N. 11. Dazu Römer das sog. qualifizierte Geständnis nach der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichtshöfe Arch. f. c. Pr. LXII S. 149 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 313 ff., Planck I S. 325 ff., Reinhold d. L. v. Klagegrund ꝛc. S. 92 ff., Fitting Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 55 ff., 62 ff., Betzinger Beweislast S. 329 ff., Entw. I e. BGB. §§ 196, 197 Mot. dazu I S. 383 ff.; in 2. Lesung wurden diese §§ gestrichen. — Die von einer Partei vorgebrachten Behauptungen können in der Art beantwortet werden, daß zwar die gegnerische Behauptung eingeräumt, aber mit der Einräumung zusätzliche oder einschränkende Behauptungen verbunden werden. Diese Art der Antwort heißt man *qualifiziertes Geständnis*. Für die Beurteilung der Frage, ob in solcher Antwort ein wirkliches Geständnis oder eine unter dem Scheine des Geständnisses auftretende Bestreitung (Negation) enthalten sei, giebt das Gesetz keine bestimmte Regel, überläßt vielmehr dem Gerichte die Beurteilung nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles. Damit ist nicht gesagt, daß das Gericht in einem konkreten Falle nach *seinem Belieben* ein Geständnis annehmen könne oder auch nicht. Vielmehr hat

Digitized by Google

sich das Gericht an die Regeln zu halten, die sich aus den Vorschriften über Beweislast und aus der Art der Zusatzbehauptungen ergeben. Einzelfälle: Kein Geständnis, sondern Bestreitung des Klagegrundes liegt vor, wenn der Gegner das Zustandekommen eines Geschäfts anderer Art behauptet, z. B. der Kläger behauptet Kaufgeschäft, der Beklagte Hingabe an Zahlungsstatt. [Vgl. ROHG. Entsch. XVI Nr. 45, RG. Entsch. VI Nr. 20 S. 79 SA. XXXVII Nr. 157.] Ebenso, wenn der Beklagte zwar ein Rechtsgeschäft der vom Kläger behaupteten Art zugiebt, aber behauptet, daß das Geschäft in anderer Weise, z. B. daß das Kaufgeschäft über Gegenstände anderer Qualität oder über eine andere Quantität oder mit anderer Preisbestimmung geschlossen oder daß bei einem Gesellschaftsvertrage eine andere als die vom Kläger angegebene Vereinbarung über die Beteiligung an Gewinn und Verlust getroffen sei [vgl. ROHG. Entsch. X Nr. 25, XV Nr. 9 und 30, XVIII Nr. 125; SA. XV Nr. 249, XVIII Nr. 184, 185, XXIX Nr. 280, XXX Nr. 285 (abw. XXXII Nr. 363); RG. Entsch. VII Nr. 16 S. 45]. Ebenso, wenn der Beklagte behauptet, das Geschäft sei von dem Kläger oder dem Beklagten nicht im eigenen sondern in fremden Namen abgeschlossen [vgl. SA. I Nr. 193, VIII Nr. 103, XII Nr. 27, XV Nr. 272, XVI Nr. 150, XVII Nr. 107, XXII Nr. 84, XXIII Nr. 126, ROHG. Entsch. XVIII Nr. 81, RG. Entsch. II Nr. 53 S. 194, III Nr. 38 S. 122]. — Auch wenn der Beklagte vorbringt, daß das Geschäft, woraus der Kläger Rechte geltend macht, eine aufschiebende Bedingung enthalte, deckt sich sein Vorbringen nicht mit der Behauptung des Klägers, es ist daher kein Geständnis, sondern Bestreitung des die Klage begründenden Thatbestandes vorhanden. [Windscheid Pand. I § 86 N. 4, Bekker Pand. II S. 348 litt. c, Gaupp I S. 533 N. 8, Wetzell Syst. § 19 S. 175, Planck I S. 327, Römer a. a. O. S. 164, Reinhold a. a. O. S. 101 f., SA. I Nr. 170, II Nr. 330, VIII Nr. 300, X Nr. 311, XII Nr. 203, XIII Nr. 189, XIV Nr. 173, 252, XVII Nr. 294, XVIII Nr. 57, XXV Nr. 280, XXVI Nr. 186, XXX Nr. 283, XXXI Nr. 287, XXXIV Nr. 76, ROHG. Entsch. I Nr. 20, 64, IV Nr. 23, XI Nr. 113, XII Nr. 64, XVII Nr. 50; vgl. a. Entw. I e. BGB. § 197. AM. Fitting a. a. O. S. 56, Betzinger a. a. O. S. 329 f.] Die Behauptung des Beklagten, daß dem Geschäfte eine auflösende Bedingung eingefügt sei, wird vielfach ebenso, wie die Behauptung der aufschiebenden Bedingung behandelt [so Römer a. a. O. S. 165, Planck I S. 328 N. 35, Gaupp I S. 533 N. 9, Bekker II S. 349 mit Einschränkung; vgl. Entw. I e. BGB. § 197 u. Mot. I S. 384]. Wer aber die auflösende Bedingung [mit Windscheid I § 86 N. 6 und den dort angeführten Schriftstellern, dazu Dernburg Pand. I § 106] als eine neben dem Hauptgeschäfte stehende, aufschiebend bedingte Resolutivklausel betrachtet, muß folgerichtig ein Zugeständnis des Hauptgeschäftes annehmen und den Beweis der Resolutivklausel dem Beklagten anheimstellen [vgl. Windscheid a. a. O. N. 6, Reinhold a. a. O. S. 103 f., Fitting a. a. O. S. 56 f., N. c, Regelsberger Pand. I S. 563 N. 16, ROHG. Entsch. II Nr. 22, VII Nr. 5, SA. XVII Nr. 7, RG. 16. Juni 1891 Entsch. XXVIII Nr. 31 S. 145.] — Behauptet der Beklagte, daß dem Geschäfte ein Anfangs- oder ein Endtermin beigefügt sei, so ist zu unterscheiden, ob eine Bestimmung über die Zeit der rechtsgeschäftlichen Wirkungen zu den wesentlichen Erfordernissen des Geschäfts gehört oder nicht. Sie gehört z. B. zum Miet- oder Pachtvertrage und zum Fixgeschäfte. Behauptet der Beklagte bei einem Geschäfte dieser Art eine andere Zeitbestimmung als die aus den Behauptungen des Klägers sich ergebende — z. B. einen anderen Anfangs- oder Endtermin der Miete oder einen anderen Stichtag — so liegt darin eine Bestreitung. Dagegen dürfte bei Geschäften, zu deren Erfordernissen Bestimmungen über die Zeit nicht gehören — z. B. bei Kaufgeschäften — in den Behauptungen des Beklagten, daß dem Geschäfte ein Anfangs- oder ein Endtermin beigefügt und dadurch die nach dem Gesetze eintretenden Wirkungen hinausgeschoben oder begrenzt wurden,

Digitized by Google

ein Zugeständnis mit selbständiger Behauptung zu finden und daher vom Beklagten der Beweis zu verlangen sein. [Vgl. Bekker Pand. II S. 303 ff., Fitting a. a. O. S. 56 f. Abweichende Ansichten bei Windscheid Pand. I § 96 N. 2, Reinhold a. a. O. S. 99 ff. Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 197. Die Praxis schwankt; vgl. SA. III Nr. 222, IV Nr. 162, V N. 239, VI Nr. 29, XVIII Nr. 184, XX Nr. 268, XXI Nr. 258, XXIII Nr. 268, XXXIII Nr. 341, XXXIV Nr. 161; RG. Entsch. I S. 236.] Behauptet der Beklagte, daß nach Abschluß des Geschäfts eine Verabredung stattgefunden habe, wodurch eine Bedingung, ein Anfangs- oder Endtermin gesetzt wurde, so liegt ein Zugeständnis mit selbständiger, vom Beklagten zu erweisender Behauptung vor. Das gleiche gilt von der Behauptung, daß von dem bedungenen Kaufpreise ein Rabatt (Skonto) für den Fall der sofortigen Zahlung gewährt sei [vgl. SA. XV Nr. 163, ROHG. Entsch. I Nr. 14. AM. Römer a. a. O. S. 157 f.]. Über die Beweislast bei der Verteidigung mit Notwehr s. RG. 8. Mai 1894 Entsch. XXXIII Nr. 85 S. 352.

3. Nicht unter den Begriff des qualifizierten Geständnisses fallen Erklärungen, worin die Entstehung des vom Gegner behaupteten Rechts eingeräumt, aber dessen Aufhebung oder Hemmung behauptet wird; ebensowenig Erklärungen, worin ein besonderer, die regelmäßige Thatbestandswirkung ausschließender Umstand — z. B. Mangel der Handlungsfähigkeit — vorgebracht wird.

§ 263.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche, und durch einen Irrtum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit.

Mot. S. 210—214. KPr. S. 92, 543.

1. Litteratur: s. Bem. Nr. 1 zu § 261. — Das Gesetz gestattet den einseitigen Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses (§ 261) nur nach Art einer restitutio in integrum wegen iustus error, ohne jedoch formelle Restitution zu fordern. Der Widerruf beseitigt die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses, wenn die widerrufende Partei den Beweis erbringt, a) daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und b) daß das Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt sei.

Ad a: Der Beweis der Wahrheitswidrigkeit des gerichtlichen Geständnisses steht unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung (§ 259), kann also auch ohne eine Beweiserhebung auf Grund des gesamten Inhalts des Verhandlungen als erbracht angenommen werden. Der Beweis kann direkt oder indirekt durch alle Arten von Beweismitteln, wenn die Voraussetzungen des § 410 gegeben sind, auch durch Eideszuschiebung geführt werden; § 411 steht nicht im Wege; denn die zugestandene Thatsache ist nicht erwiesen, sondern des Beweises nicht bedürftig. Richterlicher Eid kann dem Beweisführer oder dessen Gegner unter den Voraussetzungen des § 437 auferlegt werden. Doch kann es zur Auferlegung irgend eines Eides über die Unwahrheit zugestandener Thatsachen nur kommen, wenn auch der Irrtumsbeweis erbracht wird.

Ad b: Der Beweis des Irrtums löst sich in den Beweis der Thatsachen auf, die den Gestehenden von der Erkenntnis des wahren Sachverhalts abhielten oder ihn zur Annahme des unrichtigen Sachverhalts verleiteten. Werden diese Thatsachen nicht bestritten, so bedürfen sie nicht des Beweises. Der Beweis dieser Thatsachen unterliegt der freien Beweiswürdigung (§ 259), kann also auch ohne Beweiserhebung auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen als erbracht angenommen werden. Der Beweis kann durch alle Arten von Beweismitteln, wenn die Voraussetzungen des § 410 gegeben sind, auch durch Eides-

Digitized by Google

zuschiebung geführt werden. Richterlicher Eid ist zulässig unter den Voraussetzungen des § 437. — Entschuldbarkeit des Irrtums ist nicht gefordert; daher genügt auch Rechtsirrtum [vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 248 ff., Planck I S. 330, RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 408]. Der Beweis der Simulation genügt zum Widerrufe eines gerichtlichen Geständnisses nicht [vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 534, Petersen (2) S. 442, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 344, Wach a. a. O. AM. Struckm. Koch N. 1], während die Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse dadurch zerstört wird. [De lege ferenda bekämpft jede Beschränkung des Widerrufs Demelius Confessio S. 385 ff.]

2. Das von einem gesetzlichen Vertreter abgelegte gerichtliche Geständnis kann von ihm und seinem Nachfolger in der gesetzlichen Vertretung widerrufen werden, indem außer der Wahrheitswidrigkeit der Irrtum des Vertreters erwiesen wird. Zum Widerrufe des von einem Bevollmächtigten oder neg. gestor (§ 85) abgelegten Geständnisses gehört der Nachweis des Irrtums des Bevollmächtigten oder neg. gestor. Ergiebt sich bei der Darlegung der den Irrtum verursachenden Umstände, daß das Geständnis des Bevollmächtigten auf den ihm zu seiner Information von der Partei gemachten Angaben beruht, so ist auch der Nachweis erforderlich, daß die Partei sich bei diesen Angaben geirrt hat; der Beweis des Irrtums des Bevollmächtigten kann nicht genügen, weil das Geständnis auf den Parteiwillen zurückführt. Beruht dagegen das vom Bevollmächtigten abgelegte Geständnis nicht auf der Parteiinformation, was auch bei Mißverständnis der Information der Fall ist, so genügt der Nachweis, daß der Bevollmächtigte sich irrte. [Wohl ebenso Wilm. Levy N. 2 a. E. zu § 263, Petersen (2) S. 441, Gaupp I S. 534 f. AM. v. Sarwey I S. 405, der stets den Nachweis des Irrtums des Bevollmächtigten und der Partei verlangt.] Natürlich kann der Bevollmächtigte das von der Partei selbst abgelegte Geständnis und ebenso die Partei selbst oder ein neuer Prozeßbevollmächtigter das Geständnis eines Bevollmächtigten unter den Voraussetzungen des § 263 widerrufen [RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 407]. Auf den Widerruf nach §§ 81, 86 finden die Vorschriften des § 263 nicht Anwendung (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 261).

3. Der Widerruf des sog. fingierten Geständnisses (§§ 129, 296) unterliegt nicht den Vorschriften des § 263 (s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 261).

4. Wegen Widerrufs des Geständnisses im Bereiche des Offizialverfahrens s. Bem. Nr. 8 g. E. zu § 261.

5. Wegen Widerrufs des in erster Instanz abgelegten Geständnisses in der Berufungsinstanz s. § 494.

§ 264.

Thatsachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

Mot. S. 210—212. KPr. S. 92, 543.

Litteratur: Wetzell Syst. § 20 Nr. 3 (S. 179 ff.), wo die geschichtliche Entwickelung und die ältere Litteratur angeführt ist; Wach Vortr. S. 155, v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. II S. 354 N. 53, Langenbeck eod. IV S. 470 ff., Planck I S. 445 f., Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 26 ff., R. Schmidt Sächs. Arch. II S. 265 ff., Stein das private Wissen des Richters (Leipzig 1893), insbes. S. 151 ff., Kohler Ges. Beitr. S. 68 ff.

1. Eine Thatsache ist bei dem Gerichte offenkundig (gerichtsnotorisch), wenn sie für die bei der Entscheidung beteiligten Richter mit einer bei ihnen jeden Zweifel ausschließenden Gewißheit feststeht und diese Gewißheit sich gründet entweder darauf, daß die Thatsache allgemein als offenkundig gilt, oder darauf, daß sie den Richtern durch dienstliche Mitteilungen oder Wahrnehmung bekannt geworden ist.

Digitized by Google

Als Thatsachen, die allgemein als offenkundig gelten und daher auch von den Richtern als feststehend angenommen werden können, kommen insbesondere weltgeschichtliche Ereignisse, wie Kriege, Schlachten, Regierungszeiten, Geburts- und Sterbetage berühmter Personen u. dgl., ferner natürliche Ereignisse, wie Brände, Überschwemmungen u. dgl., in Betracht; auch das Bestehen einer Usance für Geschäfte gewisser Art kann offenkundig sein [vgl. RG. 22. Sept. 1889 Entsch. II Nr. 105 S. 385]. Wesentlich für die allgemeine Offenkundigkeit ist, daß die Thatsache in einem größeren Kreise ohne ernstlichen Widerspruch als feststehend angenommen wird. Allgemein angenommene wissenschaftliche Erfahrungssätze, wie z. B. die Entstehung des elektrischen Stroms aus gewissen Elementen, die Schnelligkeit der Stromfortpflanzung u. dgl. dürfen von den Richtern von Amtswegen berücksichtigt werden, sind aber nicht mit den offenkundigen konkreten Thatsachen zu verwechseln [ungenau RG. 10. März 1887 Entsch. XVII Nr. 61 S. 271]. — Durch dienstliche Mitteilungen oder Wahrnehmungen bekannt und aus diesem Grunde offenkundig können z. B. sein die Organisation einer Behörde, die Anhängigkeit eines Civil- oder Strafprozesses, die Eröffnung und die Beendigung eines Konkursverfahrens, die Verurteilung einer Person wegen eines gewissen Delikts, die Entmündigung einer Person oder die Aufhebung einer Entmündigung, das Bestehen und die Beendigung einer Vormundschaft, eine gerichtliche Hinterlegung, ein Eintrag in das Handelsregister ꝛc. [Mit Recht verneint RG. 31. März 1885 Entsch. XIII Nr. 97 S. 371 die Offenkundigkeit eines Registereintrags, von dem die Richter erst durch Vorlegung eines Auszugs erfahren haben.]

Unter den angegebenen Voraussetzungen kann auch das Gegenteil einer Parteibehauptung bei dem Gerichte offenkundig sein. Es kann sein, daß dieselbe Thatsache bei dem Gerichte der ersten Instanz offenkundig ist, bei dem Gerichte der zweiten Instanz nicht, und umgekehrt.

Nicht offenkundig sind Thatsachen, von denen der Richter zufällig als Privatmann Kenntnis erlangt hat. Privates Wissen von Thatsachen darf der Richter nicht im Prozesse verwerten. [Vgl. Wach Vortr. S. 155, Langenbeck a. a. O. S. 481 ff., Schmidt a. a. O. S. 272 ff., Stein a. a. O. S. 74 ff. AM. v. Canstein a. a. O. S. 352 ff.] Dagegen ist freilich kein Kraut gewachsen, daß der Richter sich durch solches Wissen bei der Beweiswürdigung beeinflussen läßt; aber wenn das private Wissen des Richters in den Entscheidungsgründen als leitend für die richterliche Überzeugung angeführt wäre, so würde die Thatsache unter Verletzung des Gesetzes festgestellt sein.

2. Daß eine Thatsache bei einem Kollegialgerichte offenkundig ist, kann nach GVG. § 198 durch absolute Stimmenmehrheit entschieden werden [vgl. Stein a. a. O. S. 154]. Aus welchen Gründen das Gericht Offenkundigkeit annimmt, muß nicht angegeben werden [RG. 31. Mai 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1138]. Dafür oder dagegen, daß eine Thatsache bei dem Gerichte offenkundig sei, können die Parteien keinen Beweis führen; jede Beweisführung verstieße gegen den Begriff der Gerichtsoffenkundigkeit [vgl. Wetzell Syst. S. 186, Stein a. a. O. S. 168, RG. Entsch. XIII Nr. 97 S. 372].

3. Ist eine Thatsache oder das Gegenteil einer behaupteten Thatsache beim Gerichte offenkundig, so ist eine Beweisführung darüber unzulässig. Der Behauptung offenkundiger Thatsachen ist die Partei nicht überhoben [teilweise a. M. Stein S. 164 ff.]. Über Geständnis von Thatsachen, deren Gegenteil beim Gerichte offenkundig ist, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 261.

§ 265.

Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den

Digitized by Google

Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

Mot. S. 212. KPr. S. 92, 543.

Litteratur: Stein das private Wissen des Richters S. 174 ff.

1. Die auf die Behauptungen der Parteien anzuwendenden Rechtssätze hat das Gericht zu finden (iura novit curia). Sind die in Betracht kommenden Rechtssätze dem Gerichte unbekannt, so ist eine die gerichtliche Thätigkeit unterstützende Beweisführung der Parteien zulässig:

a) in Bezug auf Gesetzesrecht, soweit es sich um Gesetze handelt, die in dem Staate, von dem das Prozeßgericht errichtet ist, keine territoriale Geltung haben. Ist das Prozeßgericht für die Gebiete oder Gebietsteile mehrerer Bundesstaaten errichtet (z. B. das Oberlandesgericht Jena), so ist Beweisführung nur über solche Gesetze zulässig, die in keinem der mehreren Staaten gelten (Mot. S. 212). Handelt es sich um aufgehobene Gesetze, so ist entscheidend, ob sie früher in dem Staate des Prozeßgerichts gegolten haben;

b) in Bezug auf Gewohnheitsrechte (einschließlich der sog. Observanzen) und Statuten (d. i. geschriebenes Recht autonomer Kreise, nicht zu verwechseln mit Partikularrecht) ohne Rücksicht auf das Geltungsgebiet.

Soweit eine Beweisführung über Rechtsnormen zulässig ist, ist sie in jeder Instanz zulässig [bay. ob. LG. SA. LXXVII Nr. 171]; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 524.

2. Von einer Beweislast in Bezug auf Rechtsnormen, ist auch da keine Rede, wo Beweisführung zulässig ist. Das Gericht hat auch solche Rechtsnormen von Amtswegen zu ermitteln [ROGH. Entsch. XXV S. 53 ff., RG. 25. Mai 1888 Entsch. XXI Nr. 30 S. 177, 8. Dez. 1892 XXX Nr. 110 S. 366]. Es darf daher von den Parteien nicht angebotene Erkenntnismittel, z. B. litterarische Nachweise, Gerichtsakten, amtliche Konstatierungen, sich beschaffen und verwerten. Es wird durch übereinstimmende Erklärungen der Parteien über die anzuwendenden Rechtsnormen weder gebunden, noch der Pflicht zur selbstthätigen Erforschung der anzuwendenden Rechtsnorm überhoben. [Vgl. Planck I S. 444 f., Stein a. a. O. S. 182 f.] Die Eideszuschiebung zum direkten Beweise einer Rechtsnorm ist unzulässig. Nicht unmöglich wäre die Eideszuschiebung über Thatsachen, die zum Beweise eines Gewohnheitsrechts dienen, wenn die Voraussetzungen des § 410 vorliegen.

§ 266.

Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

Mot. S. 214, 215. KPr. S. 92, 129, 543.

1. Litteratur: H. W. Puchta Ztschr. f. CR. u. Pr. I 13, Brauer Arch. f. c. Pr. XXV 11, Kleiner über die Bescheinigung (1855), Briegleb Einl. in die Theorie der summar. Prozesse (1859) Kap. 4—6, Wach Arrestprozeß § 19, Wetzell Syst. § 29, Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 142 ff., Bolgiano Handb. S. 530 ff., Planck Lehrb. I § 66.

2. Unterschied zwischen Glaubhaftmachen und Beweisen: a) Zur Glaubhaftmachung genügt ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit als zum Beweise. Das war in dem früheren Prozesse von größerer Bedeutung als heute. Die Regeln, wonach das Gericht einen Beweis erst dann als erbracht annehmen durfte, wenn ein bestimmtes Maß von Beweisgründen vorlag, galten für die Glaubhaftmachung nicht. Im gegen-

Digitized by Google

wärtigen Prozesse giebt es keine solchen Beweisregeln mehr. Bedeutungslos ist der Unterschied auch gegenwärtig nicht; wo nur Glaubhaftmachung, nicht Beweis gefordert wird, hat der Richter sich mit einem minderen Maße von Wahrscheinlichkeitsgründen, als er zum Beweise fordern würde, zu begnügen. Die gesetzlichen Beweisregeln der PrO. (s. Bem. Nr. 5 zu § 259) gelten auch für die Glaubhaftmachung; denn Beweis ist das plus, Glaubhaftmachung das minus; wenn das Gesetz gebietet, auf Grund gewisser Beweisgründe vollen Beweis anzunehmen, so muß auf Grund derselben Beweisgründe die Glaubhaftmachung angenommen werden. Zugestandene und nicht bestrittene Thatsachen bedürfen so wenig der Glaubhaftmachung wie des Beweises. b) Die Glaubhaftmachung ist, weil dazu ein geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit genügt, noch in höherem Maße vom subjektiven Ermessen der Gerichtsmitglieder abhängig, als die Beweisführung. Daher besteht bei der Glaubhaftmachung nicht, wie bei der Beweisführung (§ 259 Abs. 1), das Gebot, die Gründe anzugeben, aus denen der Richter eine Thatsache als glaubhaft erachtet. c) Wo Glaubhaftmachung vorgeschrieben ist, kann sich sowohl die Partei, der die Glaubhaftmachung obliegt, zum Beweise, wie der Gegner zum Gegenbeweise nur solcher Beweismittel bedienen, die sofort, d. i. ohne Verzug, erhoben werden können. Jede Eideszuschiebung ist ausgeschlossen, auch zur Widerlegung glaubhaft gemachter Behauptungen [RG. 26. Jan. 1893 Entsch. XXX Nr. 128 S. 414]. Im übrigen ist dem richterlichen Ermessen überlassen, zu beurteilen, ob eine Beweiserhebung sofort erfolgen kann. In einem Verfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung können regelmäßig Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen und Augenschein nur benutzt werden, wenn die Beweisaufnahme (etwa nach §§ 447 ff.) schon vorher stattgefunden hatte. In einem Verfahren mit mündlicher Verhandlung steht der Zulässigkeit eines Beweises auch dann nichts im Wege, wenn die Beweisaufnahme in dem Termine erfolgen kann. Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben [RG. 13. Okt. 1893 Entsch. XXX Nr. 115 S. 376]. Beweis durch Urkunden kann nur durch sofort vorgelegte, nicht durch erst beizuschaffende Urkunden geführt werden; daher ist die Beweisantretung nach § 386 durch Editionsantrag oder nach §§ 393, 397 unstatthaft. d) Auferlegung eines richterlichen Eides an eine oder die andere Partei (§ 437) ist nicht statthaft; doch kann die Partei, der die Glaubhaftmachung obliegt, auf ihr Erbieten zur eidlichen Versicherung der Wahrheit ihrer Behauptung zugelassen werden. Da auch für dieses Beweismittel der Abs. 2 des § 266 gilt, muß die Partei anwesend oder doch sofort zu erreichen und zur sofortigen Eidesleistung bereit sein; § 430 ist nicht anwendbar. Die Zulassung erfolgt durch Beschluß. Dieser ist abänderlich, aber nicht selbständig anfechtbar. Im übrigen finden die Regeln über den richterlichen Eid (§§ 437—439) entsprechende Anwendung. Die eidliche Versicherung kann auch andere als die in § 410 bezeichneten Thatsachen betreffen (s. Bem. Nr. 4 zu § 437); die Leistung des Eides bindet das Gericht, die Thatsache als glaubhaft anzunehmen (§ 428); bei der Verweigerung des Eides muß die betreffende Thatsache als nicht glaubhaft gelten (§ 429). Die Eidesleistung erfolgt nach §§ 440 ff. Die eidliche Versicherung ist als unstatthaft erklärt in §§ 44, 508. In § 351 Abs. 5 ist anstatt ihrer diensteidliche Versicherung zugelassen.

3. Einer Beweisaufnahme bedarf es nicht, wenn die Behauptung schon nach den Umständen des Falls als glaubhaft anzunehmen ist. Der nordd. Entw. § 334 (Prot. V S. 2355) hat dies in Anlehnung an die Vorschriften des hannov. Entwurfs ausdrücklich gesagt. Die Motive erklären eine solche Bestimmung mit Recht als selbstverständlich.

4. Die CPrO. fordert Glaubhaftmachung in den §§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 351, 371, 389, 395, 397, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 657, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 808, 815, 840, 869; die KO. in

Digitized by Google

den §§ 97, 173, 194 (195), 199, 205; das GVG. in § 35 Nr. 6. Vgl. a. preuß. Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 14 Nr. 3, 40 Nr. 8, 48, 56, 87, 113, 139, 164, 168, 190, 195; bay. Subh.Ordn. v. 23. Febr. 1879 Art. 82 Abs. 2 u. Nov. dazu v. 29. Mai 1886 Art. 20 Abs. 3, 38. — Die Vorschriften des § 266 finden auch Anwendung, wo das materielle Recht summarische Kognition und, dem Wesen dieser Kognition entsprechend, nur unverzügliche Beweise zuläßt — z. B. l. 3 § 4 D. de carb. ed. 37, 10; l. 1 § 14 D. de ventre in possess. 37, 9; l. 5 §§ 8, 9, 18 D. de agn. lib. 25, 3; l. 3 § 9; l. 15 D. ad exhib. 10, 4. — [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Gaupp I S. 540, Petersen (2) S. 454. AM. Wilm. Levy N. 1.] Natürlich wird durch § 266 die Frage nicht berührt, welche sachlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel in solchen Fällen gestattet sind. Besondere reichsgesetzliche Bestimmungen über Bescheinigung (z. B. WO. Art. 46, HGB. Art. 310) sind durch § 266 nicht aufgehoben (EG. § 13). Glaubhaftmachung im Strafprozesse s. StrPrO. §§ 26, 45, 55, 77.

§ 267.

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

Mot. S. 215. KPr. S. 92, 543.

Litteratur: O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 6 ff., Heilblut eod. LXIX S. 333 ff., Goldenring Ztschr. f. d. CPr. IX S. 84 ff., Fitting eod. XI S. 1 ff., Neffel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 177 ff., Pfizer eod. XXXI S. 10 ff., Planck I S. 287 ff., 295, 432.

1. Ist bei einer Prozeßhandlung das Prozeßgesetz verletzt, d. i. eine prozessualische Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet, so ist die Handlung ungültig. Die Ungültigkeit kann von den Parteien gerügt werden. Jedoch wäre es unzweckmäßig, solche Rüge in infinitum zu gestatten. Daher bestimmt das Gesetz für die Rechtsmittel und für die Nichtigkeitsklage Fristen, nach deren Ablauf Verletzungen des Prozeßgesetzes durch die Unanfechtbarkeit der Entscheidung gedeckt werden. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 35 ff.] Ebenso empfiehlt es sich, innerhalb des noch nicht abgeschlossenen Verfahrens die Befugnis der Parteien, die Verletzung prozessualischer Rechtsnormen zu rügen, zeitlich zu begrenzen und zu bestimmen, daß mit Eintritt einer gewissen Prozeßentwicklung jene Befugnis aufhören und dadurch (wie man sich gewöhnlich ausdrückt) die Ungültigkeit geheilt werde. Auf solcher prozeßpolitischer Erwägung beruhen die Vorschriften des Code de proc. art. 173, der preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 6, des hann. Entw. § 612, des preuß. Entw. § 292, des nordd. Entw. § 340, der bayer. PrO. Art. 218, 219, sowie die Vorschriften der CPrO. in §§ 39, 44 Abs. 4, 241, 247 Abs. 3 und auch die Vorschrift des § 267. Doch statuiert unser Gesetz den Verlust des Rügerechts nicht bezüglich aller Verletzungen prozessualischer Rechtsnormen, wie dies z. B. der Code de proc., die cit. preuß. Verordn. und die bay. PrO. bestimmt haben, sondern es unterscheidet zwischen Verletzungen von Rechtsnormen, auf deren Befolgung eine Partei verzichten, und solchen, auf deren Befolgung sie nicht verzichten kann, und läßt den Verlust des Rügerechts nur bei jenen eintreten.

Digitized by Google

2. Prozeßhandlungen sind alle dem Gegner oder dem Gerichte gegenüber zu prozessualischen Zwecken vorgenommenen Handlungen der Parteien, ihrer Vertreter und Bevollmächtigten, desgleichen die auf Betreiben einer Partei vorgenommenen Handlungen der Gerichtsvollzieher, Postboten und Gerichtsschreiber, sowie auch die im Laufe des Verfahrens vorgenommenen Handlungen des Gerichts und des Vorsitzenden einschließlich der Entscheidungen. Die Mot. zum preuß. Entw. S. 61 zu § 292 [denen Gaupp I S. 542 N. 5 folgt] unterscheiden zwischen gerichtlichen Prozeßhandlungen, die Akte der Rechtsprechung sind, und solchen, die dies nicht sind, z. B. Beweiserhebungen, und lassen die dem § 267 der CPrO. entsprechende Regel des preuß. Entw. nur für diese Akte gelten. In der nordd. Kommission wurde auf diese Motive verwiesen und dabei gesagt, daß der Inhalt richterlicher Verfügungen nicht in Frage komme, daß es sich vielmehr lediglich um die Form der einzelnen Bestandteile des Prozesses handle (vgl. nordd. Prot. I S. 316—319, IV S. 1577 f., 1653, V S. 2354, nordd. Entw. § 340). In den Motiven der späteren Entwürfe ist auf die früheren Entwürfe Bezug genommen, aber jede Andeutung, daß gerichtliche Entscheidungen eine Sonderstellung einnehmen, vermieden. Lege non distinguente gilt daher die Regel des § 267 auch für die bei einer Entscheidung unterlaufene Verletzung des Prozeßgesetzes, wenn es sog. dispositives Prozeßrecht (s. Bem. Nr. 6) ist. Vgl. hierzu die in Bem. Nr. 2 zu § 425 angef. Litt. und Rechtsprechung.

3. Erster Teil des Abs. 1: Die Partei, die auf die Befolgung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift verzichtet hat, kann die Verletzung der Vorschrift nicht mehr rügen. Verzicht ist Willensakt; der Verzichtende muß daher den Mangel kennen. Eine bestimmte Form des Verzichts ist nicht vorgeschrieben; er kann daher durch konkludente Handlungen erklärt werden. Der Verzicht bedarf nicht der Annahme. Er kann daher auch in Abwesenheit des Gegners erklärt werden. Beispiel: Die Zustellung der Klage ist mangelhaft. Im Termine bleibt der Kläger aus. Der Beklagte verzichtet darauf, den Mangel geltend zu machen, und beantragt Abweisung des Klägers zur Sache. Der Kläger erhebt Einspruch. Der Beklagte kann in der Einspruchsverhandlung nicht mehr den Mangel der Zustellung rügen. — Unwirksam ist eine Vereinbarung, worin von vornherein auf Beobachtung gewisser Prozeßvorschriften verzichtet wird. Das Gesetz gestattet keinen Konventionalprozeß, sondern macht es nur möglich, daß gewisse Verletzungen des Prozeßgesetzes durch Verzicht gedeckt werden. [AM. nur A. Förster N. 4a, Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 42 N. 47.]

4. Zweiter Teil des Abs. 1: Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschriften kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei bei der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte. Die Befugnis zur Rüge wird verloren durch Versäumung. Die Präklusion tritt unabhängig von einem Antrage des Gegners ein. Es leitet irr, von Fiktion, falsch aber ist es, von Präsumtion des Verzichts zu reden; denn die Partei braucht den Willen, zu verzichten, nicht zu haben. — Voraussetzungen dieser Präklusion sind: a) Daß die Rüge in der nächsten mündlichen Verhandlung unterblieben ist. Unterlassung der Rüge in einem vorbereitenden Schriftsatze oder in einem Termine, der nicht zur mündlichen Verhandlung, sondern nur zur Beweiserhebung vor dem beauftr. oder ers. Richter bestimmt ist, zieht die Präklusion nicht nach sich. Die Ausschließung tritt nicht erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein, worauf das Urteil erfolgt, sondern mit dem Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung, d. i. mit dem Ende des nächsten Termins, worin eine mündliche Verhandlung stattgefunden

Digitized by Google

hat, auch wenn die Sache nicht durchverhandelt ist. Die Rüge braucht auch nicht in der späteren Verhandlung förmlich wiederholt zu werden [RG. 16. Apr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 95 S. 372]. Bei Vertagung (über den Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 206) tritt die Präklusion nicht ein. b) Daß die mündliche Verhandlung auf Grund des betreffenden, die Verletzung enthaltenden Verfahrens, z. B. auf Grund einer mangelhaften Ladung, stattgefunden hat, oder daß in der mündlichen Verhandlung auf das die Verletzung enthaltende Verfahren, z. B. in der Verhandlung über ein Beweisergebnis auf ein fehlerhaftes Beweisverfahren, Bezug genommen wurde. Der Verlust des Rügerechts tritt daher nicht ein, wenn die Verletzung der Vorschrift das Hauptverfahren, die mündliche Verhandlung aber nur einen Zwischenstreit betrifft. c) Daß die zur Rüge berechtigte Partei erschienen ist und den Mangel nicht gerügt hat. Gegen die nicht erschienene Partei tritt die Präklusion nicht ein. Die Präklusion tritt ein, auch wenn der Gegner der zur Rüge berechtigten Partei nicht erschienen ist. Beispiel: Die Zustellung der Klageschrift ist nicht ordnungsmäßig. Im Termine bleibt der Kläger aus; der Beklagte rügt den Mangel der Zustellung nicht, sondern beantragt Versäumnisurteil auf Abweisung des Klägers zur Sache. Der Beklagte kann in der Einspruchsverhandlung den Mangel der Zustellung nicht mehr rügen. d) Daß die zur Rüge berechtigte Partei den Mangel kannte oder kennen mußte. Die Partei *mußte* den Mangel kennen, wenn das Nichtkennen auf Fahrlässigkeit beruht. Die Partei, welche *nach* der nächsten mündlichen Verhandlung einen Mangel rügen will, muß darthun, daß sie den Mangel bei der früheren Verhandlung noch nicht kannte und daß das Nichtkennen nicht auf Fahrlässigkeit beruhte.

5. *Verzicht* (Bem. Nr. 3) *und Präklusion* (Bem. Nr. 4) *bewirken*, daß das Gericht die unter Verletzung einer prozessualischen Rechtsnorm vorgenommene Prozeßhandlung als gültig behandeln und nachträgliche Rüge unbeachtet lassen muß. Diese Wirkung steht über der Disposition der Parteien. Auch nicht mit Zustimmung des Gegners kann eine verspätete Rüge zugelassen werden. Die Wirkung von Verzicht und Präklusion dauert durch alle Instanzen (§§ 492, 521). § 267 selbst gilt auch für das Verfahren innerhalb der höheren Instanzen.

6. Das Gesetz läßt die Wirkungen von Verzicht und Präklusion nicht eintreten, soweit es sich um Verletzungen solcher prozessualischer Rechtsnormen handelt, „*auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.*"

Es giebt Prozeßrechtsnormen, die der Bethätigung des Parteiwillens Raum lassen — *dispositives Prozeßrecht* [Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 1 ff.]. Verletzungen dieses dispositiven Prozeßrechts sind es, die durch Verzicht auf das Rügerecht oder dessen Ausschließung geheilt werden. Die Mot. S. 215 bemerken, daß hierzu alle die Ladungen und Zustellungen betreffenden Vorschriften gehören und „überlassen weiteres der Wissenschaft". Daß jene Vorschriften dispositives Prozeßrecht sind, ist allgemein anerkannt. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156, Bem. Nr. 5 zu § 162, Bem. Nr. 2 zu § 164, Bem. Nr. 7 zu § 230; die Entscheidungen sind an diesen Stellen angegeben. Andere Fälle: a) Verletzung der §§ 56, 57, s. Bem. Nr. 3 litt. c zu §§ 56, 57. b) Verletzung des § 67 s. Bem. Nr. 2 zu § 67. c) Verletzung des § 146 Abs. 1 s. RG. Entsch. XIV Nr. 108 S. 385 und Verletzung des § 146 Abs. 3 s. Bem. Nr. 8 zu § 146. d) Verletzung des § 148 s. Bem. zu § 148. e) Die Befugnis, die Versäumung einer Frist, die keine Notfrist ist, zu rügen, geht nach § 267 verloren [OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 149]. f) Verletzung des § 226 Abs. 2 s. Bem. Nr. 1 zu § 226. g) Verletzung des § 230 s. Bem. Nr. 5 zu § 230. h) Verletzung des § 234 Abs. 2 s. Bem. Nr. 3 zu § 234. i) Verletzung des § 288 s. Bem. Nr. 2 zu § 288. k) Verletzung des § 322 s. Bem. Nr. 1 zu § 322. l) Verletzung des § 356 s. Bem. Nr. 2

Digitized by Google

zu § 356. m) Verletzung des § 363 Abs. 3 s. Bem. Nr. 3 zu § 363. n) Verletzung des § 375 s. Bem. Nr. 1 zu § 375. o) Verletzung des § 379 s. Bem. Nr. 2 zu § 379. p) Verletzung der §§ 425, 426 s. Bem. Nr. 2 zu § 425. q) Verletzung des § 454 s. Bem. Nr. 1 zu § 454.

Prozeßrechtsnormen, deren Verletzung durch Verzicht und Präklusion nicht bedeutungslos wird (absolutes Prozeßrecht), sind die Vorschriften über die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts (GVG. §§ 22, 77, 106, 124, 139, 140, 194) einschließlich der Vorschriften über Befähigung zum Richteramte (GVG. §§ 2—5, 113) und über die Fähigkeit, im einzelnen Falle Richter zu sein (§ 41); ferner die Vorschriften über Zulässigkeit des Rechtswegs und Zuständigkeit der Gerichte, soweit sie ausschließlich ist; über Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung [vgl. RG. 8. Juli 1885 Entsch. XIV Nr. 107 S. 382], über die Öffentlichkeit des Verfahrens (GVG. § 170 ff.), über Prozeßfähigkeit (§§ 50 ff.), über Anwaltszwang (§ 74), über Notfristen, über Zulässigkeit, Form und Frist der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211—214), über Zulässigkeit einer Widerklage (s. Bem. Nr. 3 litt. c und d zu § 33), einer Feststellungsklage (s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 231) und einer Klagenverbindung (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 232 und RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166 f.); die Vorschriften über Zulässigkeit, Form und Frist des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der Beschwerde, der Restitutions- und Nichtigkeitsklage; bei Klagen im Urkunden- und Wechselprozesse die Vorschriften über die Zulässigkeit dieser Prozeßart (§ 555) und über die Beifügung der Urkunden zur Klageschrift (§ 556) [vgl. RG. 8. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 105 S. 278, 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 351]; die Vorschriften über die Notwendigkeit der Entscheidungsgründe zum Urteile ꝛc. ꝛc.

7. Die Vorschrift des § 267 ist zu ergänzen durch die im Gesetze nicht ausgesprochene, aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Regel: wenn nur eine Partei sich über die Verletzung von Prozeßrechtsnormen zu beschweren Grund hat, so kann die andere Partei die Verletzung überhaupt nicht rügen [vgl. l. 14 C. de procur. 2, 13; l. 3 C. quomodo et quando 7, 43; Schmid Handb. III § 241 N. 31, Heffter Syst. § 473 i. f.]. Daraus ergiebt sich, daß eine Partei solche Verstöße gegen dispositive Prozeßrechtsnormen, die bei den von ihrer Seite ausgehenden Prozeßhandlungen — einerlei ob dies eigene Handlungen oder Handlungen ihres Vertreters oder auf ihr Betreiben vorgenommene Gerichtsvollzieheraкte sind — begangen wurden, nicht zu rügen befugt ist.

§ 268.

Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

Mot. S. 215, 216. KPr. S. 92, 543.

1. Das Gesetz gebietet den Sühneversuch vor der Klagerhebung in Ehesachen (§§ 570—573). Über Ladung zum Sühneversuche vor der Klagerhebung s. § 471. Im anhängigen Prozesse kann das Gericht jederzeit, auch noch in der Berufungs- und Revisionsinstanz, von Amtswegen oder auf Anregung einer Partei die gütliche Beilegung des Prozesses oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftr. oder ers. Richter (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 151) verweisen. Taktvolle Ausübung dieser Befugnis wird die richtige Mitte zwischen einem ungestümen Drängen zum Vergleiche und einem Übersehen der zum Vergleiche geeigneten Momente einhalten.

2. Zu einem Vergleichsversuche vor dem Prozeßgerichte bedarf es keines Beschlusses.

Digitized by Google

Ein Termin vor dem Prozeßgerichte kann nicht ausschließlich zum Zwecke des Sühneversuchs anberaumt werden. Nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung ist die Wiedereröffnung (§ 142) zum Zwecke des Sühneversuchs möglich.

3. Die Verweisung der Parteien vor einen beauftr. oder ers. Richter zum Zwecke des Sühneversuchs erfolgt durch Beschluß. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen, er muß verkündet werden. In dem Beschlusse kann der Termin vor dem b. o. e. R. bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so hat der b. o. e. R. den Termin von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien (wenn Prozeßbevollmächtigte bestellt sind, diesen) bekannt zu geben (nicht die Parteien zu laden, daher keine Ladungsfrist!). Für die Parteien besteht kein Zwang, vor dem b. o. e. R. zu erscheinen. Auch die Kosten können der ausgebliebenen Partei nicht auferlegt werden. Ist der Sühneversuch beendigt, so sendet der b. o. e. R. die Akten mit dem Protokolle über die gepflogenen Verhandlungen oder mit der Anzeige, daß die Parteien nicht erschienen sind, dem Prozeßgerichte zurück. Ist der Prozeß nicht erledigt, so hat der Vorsitzende von Amtswegen einen Termin zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen und den Parteien bekannt zu geben (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. g vor § 191). Daß ein b. o. e. R., auch ohne daß die Parteien an ihn zum Zwecke des Sühneversuchs verwiesen sind, Vergleichsverhandlungen vornehmen kann, wenn beide Parteien vor ihm erschienen sind, bezeichnen die Mot. S. 216 als selbstverständlich. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 274.]

4. Zu Abs. 2: Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Parteien persönlich vor dem Prozeßgerichte oder vor dem b. o. e. R. erscheinen. Auch der b. o. e. R., an den die Parteien zum Sühneversuche verwiesen sind, kann das persönliche Erscheinen anordnen. Dagegen kann ein b. o. e. R., der mit einer Beweisaufnahme befaßt ist, nicht das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke eines Sühneversuchs anordnen. Das Ausbleiben hat keine Rechtsnachteile, auch nicht Verurteilung in die Kosten des Termins, zur Folge.

5. Protokollierung des Vergleichs s. § 146 Nr. 1. Kosten s. § 93. Zwangsvollstreckung s. §§ 702 Nr. 1, 703.

§ 269.

Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgeteilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.

Mot. S. 21, 22, 193. KPr. S. 92, 543.

1. Der § 269 verlangt für Anträge die Schrift. Gemeint sind hier die Anträge, wodurch der Kläger und der Widerkläger, der Berufungskläger und der Anschlußberufungskläger (Adhärent), der Revisionskläger und der Anschlußrevisionskläger (Adhärent) oder der einer solchen Partei beigetretene Nebenintervenient dem Gerichte erklärt, welches Urteil er verlange. Daß hierzu die Inzidentfeststellungsanträge nach § 253 gehören, ergiebt sich aus den Bemerkungen Nr. 1, 2 zu § 253. Ferner gehören dazu die Anträge in Bezug auf übergegangene Ansprüche im Ergänzungsverfahren (§ 292), sowie die Anträge des Gesuchstellers in der mündlichen Verhandlung über Arrest oder einstweilige Verfügung

Digitized by Google

(§§ 802, 805, 815), und über die Aufhebung des Arrestes oder der einstw. Verfügung (§§ 806 Abs. 2, 807, 815), soweit die mündliche Verhandlung vor einem Kollegialgerichte stattfindet. Allen diesen Anträgen ist gemeinsam, daß sie das Gebiet der richterlichen Kognition bestimmen (vgl. §§ 279, 487, 522); deswegen bedürfen sie der schriftlichen Fixierung.

Nicht zu den der schriftlichen Fixierung bedürftigen Anträgen gehören: a) Die gegenüber den in Abs. 1 aufgeführten Anträgen von dem Prozeßgegner gestellten negativen Gegenanträge [vgl. a. Wilm. Levy N. 5] auf Abweisung der Klage, Widerklage, Berufung, Anschlußberufung, Revision, Anschlußrevision ꝛc.; b) alle rein prozessualischen Anträge, d. h. alle Erklärungen, worin eine Partei ihre Wünsche in Bezug auf das Verfahren ausspricht. Dazu gehören insbesondere Vertagungs- und Fristverlängerungsanträge, ferner der Antrag darauf, daß das Urteil als Versäumnisurteil erlassen werde, die sämtlichen Anträge bezüglich des Beweisverfahrens, auch Anträge nach §§ 390, 391, die Anträge nach §§ 68, 126, 291, sowie alle Anträge (Gesuche) in dem Verfahren mit fakultativ mündlicher Verhandlung (Verzeichnis s. Bem. Nr. 6 zu § 119), auch wenn mündliche Verhandlung stattfindet. [Vgl. Meyer Arch. f. c. Pr. LXXVIII S. 472. Teilw. abw. Wilm. Levy N. 2.]

2. Regelmäßig sind die Anträge in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten; anderenfalls müssen sie in der mündlichen Verhandlung niedergeschrieben werden. Das Schriftstück ist dem Protokolle als Anlage beizufügen. Aufnahme in das Protokoll ist nicht zulässig. Was von Anträgen gilt, die in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, gilt auch von solchen, die von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen. Wesentliche Punkte sind alle, die für den Umfang der richterlichen Kognition bedeutsam sind. — Der Vorsitzende hat nach § 130 die Parteien aufzufordern, ihre Anträge, soweit dies nötig ist, niederzuschreiben. Hat der Vorsitzende dies unterlassen, so bietet die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) die Handhabe, um die Aufforderung nachzuholen.

3. Sind Anträge, deren schriftliche Fixierung durch § 269 geboten ist, nicht schriftlich fixiert worden, so dürfen sie bei der Urteilsfällung nicht berücksichtigt werden. Im Thatbestande sind solche Anträge entweder überhaupt nicht zu erwähnen oder nur, um zu konstatieren, das sie wegen Mangels der Niederschrift nicht zu berücksichtigen seien. Auf die Beobachtung des § 269 kann nicht verzichtet werden. Dessen Verletzung begründet Berufung und Revision.

4. Die Vorschriften des § 269 finden im Verfahren vor dem Berufungs- und dem Revisionsgerichte Anwendung; nicht im Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 469).

§ 270.

Soweit es sich nicht um Anträge (§ 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide festzustellen.

Mot. S. 21, 22. KPr. S. 92—94, 548.

1. Nicht das gesamte Vorbringen der Parteien in der mündlichen Verhandlung, sondern nur wesentliche Erklärungen sind, wenn sie in den vorbereitenden Schriftsätzen

Digitized by Google

nicht enthalten sind, durch Schriftsätze festzustellen. Was von ganz neuen Erklärungen gilt, gilt auch von wesentlichen Abweichungen von den in diesen Schriftsätzen bereits enthaltenen Erklärungen. Unter den Begriff „Erklärungen" fällt jedes Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, also jede thatsächliche Behauptung und Negation, jede Beweisantretung, Beweiserklärung und Beweiseinrede (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137). Ob eine Erklärung wesentlich und neu, ob eine Abweichung wesentlich ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Feststellung kann nur durch Schriftsätze der Parteien erfolgen, die dem Protokolle als Anlagen beizufügen sind, nicht durch Aufnahme in das Protokoll. Die Feststellung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Verlangen einer Partei. Verlangt eine Partei die Feststellung eigener Erklärungen unter Überreichung eines Schriftsatzes, so kann weder der Gegner widersprechen, noch das Gericht solches Verlangen wegen unwesentlichen Inhalts zurückweisen. Verlangt eine Partei die Feststellung von gegnerischen Erklärungen, so hat der Vorsitzende, wenn die Voraussetzungen des § 270 gegeben sind, den Gegner aufzufordern, die Erklärungen niederzuschreiben und den Schriftsatz dem Protokolle beizufügen. Kommt der Gegner dieser Aufforderung nicht nach, so ist nicht verboten, die betreffenden Erklärungen zu berücksichtigen, denn das Präjudiz des § 269 Abs. 4 ist in § 270 nicht wiederholt; das Gericht hat daher die betreffenden Erklärungen im Thatbestande zu erwähnen und bei der Entscheidung darauf Rücksicht zu nehmen; aber die Partei riskiert, daß sie, wenn ihr Vorbringen im Thatbestande nicht oder unrichtig dargestellt wird, keinen Gegenbeweis führen kann (§ 285), und daß dieser Thatbestand für die höhere Instanz maßgebend ist. [So auch Gaupp I S. 548 f., Planck I S. 430. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Meyer Arch. f. c. Pr. LXXVII S. 475 ff., die annehmen, daß die Partei zur Niederschrift der Erklärung des Gegners zugelassen sei.]

2. Gerichtliche Geständnisse (§ 261) und Eideserklärungen (§ 417) sind auf Verlangen einer Partei festzustellen, auch wenn sie mit den vorbereitenden Schriftsätzen übereinstimmen. Die Feststellung kann auch hier nur durch Beifügung eines Schriftsatzes zu dem Protokolle geschehen. Entspricht die Partei der Aufforderung zur Niederschrift nicht, so gilt, was in Bem. Nr. 1 gesagt ist. Vgl. a. Bem. Nr. 6 zu § 261.

3. Der Vorsitzende hat darüber zu wachen, daß die als Anlagen zum Protokolle übergebenen Schriftsätze mit den mündlichen Erklärungen stimmen, und hat abweichende Schriftsätze zurückzuweisen. Verlesung der übergebenen Schriftsätze ist nicht erforderlich. [Vgl. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 189, RG. 21. April 1884 eod. XXVIII S. 1155. AM. Meyer Arch. f. c. Pr. LXXVIII S. 461 ff.]

4. Die Vorschrift des § 146 besteht neben der des § 270. Es sind also alle Anerkenntnisse, Verzichte und Vergleiche von Amtswegen in das Protokoll aufzunehmen.

5. Für das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen ꝛc. gelten die Vorschriften des § 315. Für das Verfahren vor den Amtsgerichten gilt § 470.

§ 271.

Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Digitized by Google

Die Entwürfe zu Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgeteilt.

Mot. S. 202. KPr. S. 94, 543.

1. Über jeden Rechtsstreit sind bei dem Prozeßgerichte gesonderte Akten anzulegen. Zu den Akten sind alle den Rechtsstreit betreffenden Schriftstücke zu nehmen, insbesondere die bei Gericht hinterlegten vorbereitenden Schriftsätze (§ 127), die Protokolle nebst den Anlagen (§§ 145, 146, 269, 270), die Urschriften der Urteile, Beschlüsse und Verfügungen, sowie die Beurkundungen, die sich auf die von Amtswegen zu bethätigenden Zustellungen und auf die Verrichtungen des Gerichtsschreibers beziehen (nordd. Entw. § 399, vgl. preuß. Gesch.Ordn. für die Gerichtsschr. der Amtsgerichte Anl. I zu JMBl. Nr. 32 v. 1879 §§ 7, 23, 24, der Landgerichte Anl. II dazu § 19 ff., der Oberlandesgerichte Anl. A zu JMBl. Nr. 37 v. 1879 §§ 7, 19 ff.). Die Haupt- und Nebenparteien selbst, und zwar diese auch im Anwaltsprozesse [vgl. OLG. Celle SA. XLVIII Nr. 142], sowie ihre Vertreter und Bevollmächtigten können von den Gerichtsakten in ihrem ganzen Umfange [vgl. Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXX S. 128] Einsicht nehmen und sich Ausfertigungen, d. h. beglaubigte Abschriften von Verfügungen, Beschlüssen, Urteilen, Auszüge und Abschriften in beliebiger Zahl [dagegen RG. 12. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 763, OLG. Celle SA. XLVIII Nr. 142] durch den Gerichtsschreiber erteilen lassen. Vgl. a. GKG. §§ 3, 97. Der Offizialanwalt einer zum AR. zugelassenen Partei kann die unentgeltliche Ausfertigung von Abschriften aus den Prozeßakten durch die Gerichtsschreiberei oder Ersatz der von ihm selbst aufgewendeten Schreibgebühren von der Staatskasse verlangen [RG. 16. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 103 S. 342]. Daß sich die Parteien ꝛc. sowie ihre Vertreter und Bevollmächtigten selbst Auszüge und Abschriften fertigen können, ergiebt sich aus dem Rechte der Akteneinsicht.

2. Andere Personen dürfen die Akten einsehen, wenn der **Vorstand des Gerichts** — bei dem Amtsgerichte der Einzelrichter, dem die allgemeine Dienstaufsicht übertragen ist, bei den Landgerichten, den Oberlandesgerichten und dem Reichsgerichte der Präsident — ihnen auf Ansuchen die Akteneinsicht gestattet. Der Vorstand des Gerichts hat die Einsicht der Akten ohne weiteres zu gestatten, wenn die beiden Parteien einwilligen; ohne solche Einwilligung nur, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird. Rechtliches Interesse bedeutet hier nicht bloß ein privatrechtliches Interesse; es genügt auch ein aus dem öffentlichen Rechte entspringendes Interesse, z. B. Interesse der Verteidigung in einem Strafprozesse. Unmittelbarer und gegenwärtiger Einfluß des Prozesses auf die Rechtsverhältnisse des Dritten ist nicht erforderlich. — Nach dem Wortlaute des Gesetzes kann dritten Personen nur die Erlaubnis zur Akteneinsicht, nicht auch die Ermächtigung, sich Abschriften ꝛc. durch den Gerichtsschreiber anfertigen zu lassen, erteilt werden. Nach dem hann. Entw. §§ 227, 228 und dem nordd. Entw. §§ 400, 401 konnte dritten Personen die Erlaubnis, sich Abschriften erteilen zu lassen, gegeben werden. Eine Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut ist nicht gerechtfertigt, da die Fassung der Entwürfe doch wohl absichtlich verändert wurde. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 550 N. 5, OLG. Darmstadt SA. XLII Nr. 256. AM. Struckm. Koch N. 2.] Der Dritte, dem die Erlaubnis zur Akteneinsicht erteilt ist, kann sich selbst Abschriften und Auszüge machen.

3. Die Akten sind regelmäßig bei Gericht einzusehen. In der JK. d. RT. war der Zusatz beantragt worden: „Mit Genehmigung des Vorsitzenden können die dem Gerichte vorliegenden Akten den Anwälten in deren Wohnung verabfolgt werden." Der

Digitized by Google

Antrag wurde abgelehnt. Daraus folgt nicht, daß die Verabfolgung von Gerichtsakten zur Einsicht außerhalb der Gerichtsräume grundsätzlich unstatthaft ist. Vgl. StrPrO. § 147 Abs. 4.

4. Gegen die Abweisung eines Gesuchs um Gewährung der Akteneinsicht ist Beschwerde zulässig (arg. § 530). Vgl. a. nordd. Entw. § 814 Nr. 9.

5. Die in Abs. 3 bezeichneten Aktenbestandteile dürfen weder den Parteien noch Dritten vorgelegt werden. Aus Abs. 3 geht hervor, daß Separatvota der Abstimmenden zulässig sind. [Vgl. Gaupp I S. 550, Struckm. Koch Komm. z. GVG. § 199 N. 4, Wilm. Levy Komm. z. GVG. § 199 N. 1, Endemann I S. 185. AM. Hellmann Komm. II S. 151.]

Zweiter Titel.
Urteil.

1 Die richterliche Thätigkeit im Civilprozesse besteht in Prozeßleitung, Aburteilung, Zwangsvollstreckung. Die Vollstreckung ist zum größeren Teile richterlichen Nebenbeamten übertragen. In Ausübung der richterlichen Thätigkeit erläßt die Gerichtsbehörde Erklärungen verschiedener Art an die Parteien oder an Dritte. Diese Erklärungen hieß man im früheren Prozesse Dekrete. Die CPrO. gebraucht dafür den Ausdruck Entscheidungen. Je nach der Gerichtsbehörde, von der die Entscheidung ausgeht, unterscheidet die CPrO. terminologisch: Verfügungen, das sind Entscheidungen des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters und des Gerichtsschreibers, und Urteile und Beschlüsse, das sind Entscheidungen des Gerichts. Die auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung unter den Parteien oder gegenüber Dritten erlassenen, nicht bloß prozeßleitenden Entscheidungen des Gerichts sind Urteile; die anderen, also alle ohne mündliche Verhandlung oder nach bloß fakultativer mündlicher Verhandlung (s. Bem. Nr. 6 zu § 119) erlassenen Entscheidungen, ferner alle nach obligatorischer mündlicher Verhandlung erlassenen prozeßleitenden Entscheidungen des Gerichts sind Beschlüsse. Übrigens ist der Grundsatz nicht streng durchgeführt. § 802 enthält einen Fall, wo die mündliche Verhandlung fakultativ, gleichwohl aber nach mündlicher Verhandlung Urteil zu erlassen ist. Andererseits ist in § 291 für eine nach obligatorischer mündlicher Verhandlung zu erlassende, nicht bloß prozeßleitende Entscheidung die Beschlußform vorgeschrieben.

Für alle Arten von Entscheidungen gilt das Gebot der schriftlichen Feststellung (§ 146 Nr. 5) und gelten die Vorschriften der §§ 283, 288 (294). Für Urteile und Beschlüsse gelten außerdem die Vorschriften der §§ 280, 281. Nur für Urteile gelten die Vorschriften der §§ 282, 284—287, 289—293.

Urteil und Beschluß scheiden sich äußerlich dadurch, daß das Urteil neben der Decisive (Urteilsformel) eines Thatbestandes und der Entscheidungsgründe bedarf (§ 284), während für den Beschluß weder Thatbestand noch Entscheidungsgründe geboten sind. Zulässig ist die Beifügung von Thatbestand und Entscheidungsgründen auch bei Beschlüssen. Ist gegen den Beschluß Beschwerde statthaft, so ist die Beifügung der Entscheidungsgründe nicht wohl zu entbehren. Zwar ein Verstoß gegen das Prozeßgesetz würde auch in solchen Fällen durch einen Beschluß ohne Gründe nicht begangen, aber das Gericht hätte von der im Gesetze gewährten Freiheit unvernünftigen Gebrauch gemacht.

Seine Urteile kann das Gericht nicht selbst ändern; es ist daran „gebunden" (§ 289). Beschlüsse und Verfügungen kann das Gericht, der Vorsitzende, der ersuchte oder beauftragte Richter, von dem sie erlassen sind, abändern (vgl. § 534 und Bem. Nr. 3 zu § 540); doch ist dazu notwendig, daß das Gericht, der Vorsitzende, der beauftr. oder ers.

Digitized by Google

Richter noch mit der Sache befaßt ist. Auch ist nicht überall, sondern nur bei den rein prozeßleitenden Beschlüssen und Verfügungen die Abänderung von Amtswegen zulässig. [Vgl. dazu Planck I S. 471 ff., der Beschlüsse „mit Urteilsnatur" (?), und Gaupp I S. 553, der „definitive Entscheidungen in Beschlußform" (?) für unabänderlich erklärt.]

2. Innerhalb des Urteils ist zu unterscheiden a) das Versäumnisurteil und das Nicht-Versäumnisurteil. Versäumnisurteil ist das Urteil, das nach einer mündlichen Verhandlung, bei der nur eine Partei erschienen war oder verhandelt hat, auf Grund der für die Terminsversäumnis gesetzten Rechtsfolgen erlassen ist. [Vgl. Planck I S. 457, Troll Vers.Urt. S. 2 ff., Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 1 ff. AM. Kohler Pr. als RV. S. 66 f.] Es ist Versäumnisurteil nur gegenüber der nicht erschienenen Partei. Alle anderen Urteile nennt man ungenau „kontradiktorisch" [vgl. L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVII S. 484]. Vom Versäumnisurteile handeln die §§ 296—312. b) Zu unterscheiden sind ferner Endurteile (bedingte und unbedingte s. § 272), Teilurteile (s. §§ 273, 274), eine Unterart der Endurteile und im Gegensatze zu Endurteilen Zwischenurteile (s. § 275).

§ 272.

Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren, zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

Mot. S. 29—32, 216—220. KPr. S. 95—97, 543.

1. Endurteil ist das Urteil, das den Prozeß ganz oder teilweise, in unbedingter oder durch Eid bedingter Entscheidung erledigt. Auch das Teilurteil (§§ 273, 274) ist Endurteil. In Gegensatz zu dem Endurteile tritt das Zwischenurteil (§ 275). Von dem Urteile, das einen Prozeß ganz (unbedingt oder bedingt) erledigt, handelt (§ 272).

Die Motive sagen: „Unter Endurteilen sind diejenigen Urteile zu verstehen, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder teilweise entscheiden." Es sind aber auch solche Urteile, die einen Prozeß ohne Entscheidung der Hauptsache aus prozessualischen Erwägungen beendigen, so z. B. das Urteil, das eine Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abweist, oder das Urteil, das einen Einspruch, eine Berufung, Revision, einen Wiedereinsetzungsantrag, eine Restitutions- oder Nichtigkeitsklage aus prozessualischen Gründen zurückweist, Endurteile im Sinne des Gesetzes [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 8 ff.].

2. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, wenn er soweit durchgeführt ist, daß das Gericht aus prozessualischen oder materiellrechtlichen Erwägungen eine unbedingte oder eine durch den Eid einer Partei bedingte Entscheidung über den Ausgang des Rechtsstreits treffen kann. Sind die Verhandlungen soweit gediehen, dann ist das bedingte oder unbedingte Endurteil zu erlassen. Wurden mehrere selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 2 zu § 137) vorgebracht, von denen schon eines den Antrag trägt, so ist bei der Reife des einen die Endentscheidung nicht deswegen zu verschieben, weil das andere noch nicht zur Entscheidung gereift ist. Das gleiche gilt, wenn ein Verteidigungsmittel, das die Abweisung der Klage bedingt, die Endentscheidung ermöglicht, mag auch der Klagegrund noch nicht zur Entscheidung gereift sein; z. B. der Kläger erhebt Forderungen aus einem Gesellschaftsverhältnisse; der Beklagte bestreitet deren Entstehung, behauptet aber zugleich einen alle etwaigen Forderungen aus dem Gesellschaftsverhältnisse

Digitized by Google

umfassenden Erlaßvertrag und beweist diesen durch Urkunde; die Klage ist ohne Beweisaufnahme über den Klagegrund abzuweisen. Bei der Aufrechnung, die unter Bestreitung der klägerischen Forderung eventuell vorgebracht ist, steht die Sache anders, weil Aufrechnung nur möglich ist, wenn der Anspruch des Klägers besteht [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 143]. — Über das materielle Recht kann nicht entschieden werden, solange das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen nicht feststeht; z. B. der Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit und die Einrede des Erlasses vorgebracht; jene ist illiquid, diese liquid; gleichwohl darf die Klage nicht als unbegründet abgewiesen werden. — Das Gericht kann keinen Beweis über Behauptungen des Klägers erheben, wenn es der Ansicht ist, daß die Klage nicht schlüssig sei.

3. Zu Abs. 2: Die Vorschrift bezieht sich auf die nach § 138 verbundenen Prozesse derselben oder verschiedener Parteien, nicht auf die Fälle der Streitgenossenschaft (§§ 56, 57) und der Klagenhäufung (§ 232); von diesen handelt § 273. — Die Erlassung des Endurteils in den Fällen des § 272 Abs. 2 ist nicht in das richterliche Ermessen gestellt, sondern obligatorisch.

§ 273.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Teil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurteil (Teilurteil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Teilurteils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

Mot. S. 29—32, 216—218, 219, 220. KPr. S. 95—97, 543.

1. Das Teilurteil des § 273 ist ein Endurteil über einen quantitativen Teil des Streitgegenstandes, der vor den anderen Teilen zu einer unbedingten oder einer durch Eid bedingten Endentscheidung reif ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 272). Quantitativer Teil des Streitgegenstandes ist jeder einzelne von mehreren im Prozesse durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüchen und jeder Teil eines nach Civilrecht teilbaren Anspruchs. Unter Anspruch ist hier, wie in § 136 (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136) sowohl das Recht auf Leistung, wie auch das Recht auf ein Urteil zu verstehen, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder verändert werden. Zur Spruchreife gehört hier, daß über den Teil des Streitgegenstandes eine unbedingte oder bedingte Entscheidung erfolgen kann, für die die künftige Entscheidung über den anderen Teil vollständig belanglos ist [vgl. RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 105 S. 423]. Daher darf z. B. kein Teilurteil, sondern nur ein Zwischenurteil (§ 275) über einzelne Posten eines Kontokurrents ergehen, wenn auf Zahlung des Saldo geklagt ist [RG. 22. Febr. 1888 Entsch. XXII Nr. 82 S. 400]; oder: es kann kein Teilurteil auf Zahlung erlassen werden, wenn auf Abnahme der Ware und Zahlung des Preises geklagt ist [vgl. RG. 19. Febr. 1889 SA. XLVI Nr. 220]. Dagegen wird die Erlassung eines Teilurteils dadurch nicht ausgeschlossen, daß die darin getroffene Entscheidung für die ausständige Entscheidung über den noch nicht spruchreifen Teil des Prozesses belangreich ist.

2. Die einzelnen Fälle, für die die Erlassung von Teilurteilen in § 273 vorgesehen ist, sind folgende:

a) Es ist einer von mehreren Ansprüchen, die gemäß § 56 von Streitgenossen oder gegen Streitgenossen oder gemäß §§ 232, 253 von einem Kläger gegen denselben Beklagten geltend worden sind, spruchreif;

Digitized by Google

b) es ist ein quantitativer Teil eines teilbaren Anspruchs, der durch Klage oder Widerklage geltend gemacht worden ist, spruchreif;

c) es ist Widerklage erhoben; die Klage (genauer: der durch Klage geltend gemachte Anspruch) ist vor der Widerklage (genauer: vor dem durch Widerklage erhobenen Anspruche) spruchreif, oder umgekehrt. Rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage hindert die Erlassung des Teilurteils nicht [RG. 15. Jan. 1889 SA. XLV Nr. 49].

Wurde eine Forderung durch Widerklage und eventuell zur Aufrechnung gegen die bestrittene Forderung des Klägers geltend gemacht, so ist zu unterscheiden, ob die Forderung des Beklagten mit der Forderung des Klägers rechtlich zusammenhängt oder nicht. In jenem Falle kann ein Teilurteil gemäß § 273 über die Klage oder die Widerklage erlassen werden, wenn nur die Klage oder nur die Widerklage (ganz oder teilweise) reif zur Abweisung ist; dagegen kann weder der Anspruch des Klägers noch der des Widerklägers durch Teilurteil zuerkannt werden, ehe über die Kompensationseinrede entschieden werden kann, weil vorher keiner der Ansprüche spruchreif ist. Besteht dagegen kein rechtlicher Zusammenhang zwischen der in der Klage geltend gemachten und der in der Widerklage geltend gemachten, eventuell zur Aufrechnung gebrachten Forderung, dann ergeben sich folgende Möglichkeiten. Die Klage oder die Widerklage kann durch Teilurteil nach § 273 abgewiesen werden, wenn nur die Klage oder nur die Widerklage reif zur Abweisung ist. Die Forderung des Klägers kann durch Teilurteil nach § 274 unter Trennung der Verhandlung über Widerklage und Einrede zuerkannt werden, wenn nur die Klageforderung spruchreif ist; die Widerklageforderung kann nicht ganz zuerkannt werden, bevor über die Klageforderung entschieden ist, da sie nicht ihrem ganzen Betrage nach spruchreif werden kann, ehe über die Kompensation entschieden ist, was nicht möglich ist, ehe das Bestehen der Klageforderung feststeht. Doch ist bezüglich der Widerklage ein zuerkennendes Teilurteil nach § 273 möglich, soweit die Forderung des Widerklägers die Forderung des Klägers übersteigt. [Vgl. hierzu Petersen Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 247 ff.]

Bei den vorstehenden Erörterungen ist angenommen, daß die Forderung des Widerklägers mindestens die Höhe der Forderung des Klägers erreicht. Bleibt jene hinter dieser zurück, so kann natürlich über den von der Aufrechnung nicht berührten Teil der Forderung des Klägers Teilurteil nach § 273 ergehen.

3. Die Erlassung des nach § 273 Abs. 1 möglichen Teilurteils steht zwar nach Abs. 2 im Ermessen des Gerichts; aber aus der Fassung des § 273 im Gegensatze zu der des § 274 ist zu entnehmen, daß das Gericht das Teilurteil in der Regel erlassen und nur aus besonderen Gründen davon Umgang nehmen soll (vgl. KPr. S. 96). Solche Gründe können z. B. darin gefunden werden, daß der Prozeß über den übrigen Streitgegenstand voraussichtlich durch Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Teilurteil verzögert oder daß durch das Teilurteil die Revisionsinstanz zufolge der Zerstörung der Revisionssumme abgeschnitten würde, oder auch darin, daß die rasche Erledigung des Prozesses über die anderen Teile des Streitgegenstandes zu erwarten ist. Das Gericht braucht keine Gründe für die Nichterlassung eines möglichen Teilurteils anzugeben. Der Antrag einer Partei auf Erlassung eines Teilurteils ist bloß Anregung zu der von Amtswegen zu pflegenden Erwägung der Angemessenheit. Dagegen, daß das Gericht ein mögliches Teilurteil trotz dem Antrage einer Partei nicht erläßt, giebt es kein Rechtsmittel [vgl. RG. 20. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1150]. Die Erlassung eines Teilurteils kann mit Berufung und Revision aus dem Grunde angefochten werden, daß die Voraussetzungen dazu nicht vorhanden waren.

Bei teilweisem Verzichte (§ 277) oder teilweisem Anerkenntnisse (§ 278) muß ein

Digitized by Google

Teilurteil nach § 277 oder § 278 erlassen werden. [Vgl. Mot. S. 219. AM. nur Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 163 N. 213 und Endemann II S. 107.] Aber gegen die Nichtbeachtung oder gegen die Abweisung des Antrags auf Teilurteil findet auch hier kein Rechtsmittel statt, da die Beschwerde durch das Erfordernis vorgängiger mündlicher Verhandlung ausgeschlossen ist.

Erläßt das Gericht ein Teilurteil, so wird der Prozeß stückweise erledigt. Der Prozeß über den unerledigten Teil bleibt natürlich anhängig und führt zu einem weiteren Endurteile, wenn er nicht anderweit beendigt wird. Das Teilurteil kann selbständig durch Berufung oder Revision angefochten werden. Jedes von mehreren Teilurteilen ist selbständiger Rechtskraft fähig. Es können daher nicht bloß mehrere Ansprüche, sondern auch Teile desselben Anspruchs einzeln durch die Instanzen geführt werden. Es kann durch ein Teilurteil die Revisionsinstanz für den Prozeß oder für Teile desselben abgeschnitten werden, indem die Revisionssumme zerschlagen wird. Diesen Nachteilen steht der Vorteil entgegen, daß durch Teilurteile die Verhandlung vereinfacht und die Vollstreckbarkeit rascher erlangt wird.

Nimmt das Gericht von der Erlassung eines möglichen Teilurteils Umgang, so kann es durch Zwischenurteil einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel und so den auf einen einzelnen Anspruch oder auf einen Teil des Anspruchs bezüglichen Prozeßstoff durch Feststellung erledigen. Aber ein Zwischenurteil kann nicht über den durch die Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch selbst entscheiden. [Vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 556 N. 12, Schollmeyer Zwischenstreit S. 26 u. Komp.Einr. S. 111, RG. 1. März 1888 Entsch. XXI Nr. 65 S. 340 ff. Abw. Brettner Mag. f. d. R. V S. 288.] Bei Verbindung einer präjudiziellen Feststellungsklage mit der Leistungsklage kann es zweifelhaft werden, ob das die Präjudizialklage erledigende Urteil als Teil- oder als Zwischenurteil erlassen ist. Entscheidend ist die in der Bezeichnung des Urteils zum Ausdrucke kommende Absicht des Gerichts.

4. Über die Kostenentscheidung bei Erlassung eines Teilurteils s. Bem. Nr. 4 zu § 87.

§ 274.

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Teilurteil erfolgen.

Mot. S. 217, 218. KPr. S. 97, 543.

Die Litteratur ist in Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136 angegeben.

1. § 274 ergänzt die Vorschrift des § 136 Abs. 2. Hat der Beklagte durch Einrede, d. i. zur Aufrechnung auf die Forderung des Klägers, eine Gegenforderung vorgebracht, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann das Gericht nach § 136 anordnen, daß Forderung und Gegenforderung in getrennten Prozessen verhandelt werden. Eine solche Anordnung ist nur dann am Platze, wenn auch die Forderung des Klägers noch nicht zur unbedingten Endentscheidung reif ist, weil sonst eine weitere Verhandlung darüber zwecklos wäre. Ist die Verhandlung über die Forderung des Klägers zur unbedingten Endentscheidung reif, während die von dem Beklagten durch Einrede geltend gemachte, mit der Forderung des Klägers nicht zusammenhängende Forderung noch nicht soweit ist, dann kann das Gericht gemäß § 274 über die Forderung des Klägers unter Trennung der Verhandlung ein Endurteil erlassen, das als

Digitized by Google

Teilurteil bezeichnet wird. Es fällt auf, daß in § 136 von „Verhandlung in getrennten Prozessen", in § 274 von „Trennung der Verhandlungen" gesprochen wird; aber die Ausdrücke müssen das Gleiche bedeuten, wie auch durch die Mot. S. 217 vgl. mit S. 135 bestätigt wird.

Zunächst ist die Vorschrift des § 274 auf den Fall zugeschnitten, daß die Gegenforderung nur durch Einrede, also zur Aufrechnung geltend gemacht ist. Die Vorschrift ist aber, wie in Bem. Nr. 2 Abs. 5 zu § 273 dargelegt wurde, auch dann anwendbar, wenn die nicht konnexe Gegenforderung zunächst durch Widerklage und nur eventuell zur Aufrechnung auf die bestrittene Forderung des Klägers geltend gemacht wurde.

Über den Begriff des rechtlichen Zusammenhangs s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 33.

Die Retentionseinrede kann sowenig zur Anwendung des § 274 wie zu der des § 136 führen; vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 136.

2. Sind die Voraussetzungen zur Erlassung des in § 274 als Teilurteil bezeichneten Urteils über die Forderung vorhanden, so steht die Erlassung eines solchen Teilurteils immer noch im Ermessen des Gerichts. Der § 274 enthält nicht, wie der § 273, die instruktionelle Anweisung, regelmäßig das Teilurteil zu erlassen, sondern stellt die Erlassung von vornherein in das richterliche Ermessen. Erwägungen, die zur Unterlassung des Teilurteils führen können, s. Bem. Nr. 3 zu § 273. Der Antrag des Klägers auf Erlassung des Teilurteils ist hier wie in den Fällen des § 273 eine Anregung zu der von Amtswegen zu pflegenden Erwägung. Dagegen, daß das Gericht ein mögliches Teilurteil trotz dem Antrage nicht erläßt, findet kein Rechtsmittel statt.

Jedes Teilurteil nach § 274 kann selbständig durch Berufung oder Revision angefochten werden; es gelten in dieser Beziehung die in Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 273 vorgetragenen Sätze. Ein Teilurteil kann mit diesen Rechtsmitteln auch aus dem Grunde angefochten werden, daß die Voraussetzungen des § 274 nicht vorgelegen haben, also z. B. weil die Gegenforderung konnex oder bereits liquid gewesen sei. [Vgl. RG. 22. Okt. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1143, 12. Nov. 1889 Entsch. XXIV Nr. 85 S. 423.]

3. Hinsichtlich der Gegenforderung hat ein Urteil nach § 274 dieselbe Wirkung, wie die nach § 136 erfolgende Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen. Darüber, daß die Wirkung gleich ist, besteht allgemeines Einverständnis, während darüber, welches diese Wirkung ist, die Meinungen weit auseinandergehen. Die verschiedenen Ansichten sind in Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136 vorgetragen. Nach der dort verteidigten Ansicht hat der Beklagte, der die Gegenforderung nicht auch durch Widerklage geltend machte, die zur getrennten Verhandlung verwiesene Gegenforderung als Kläger geltend zu machen ꝛc. Im Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 verb. mit Anm. litt. a zu § 745 des Entw. II e. BGB. ist eine anderweitige Fassung des § 274 vorgeschlagen, wonach das Teilurteil dieses § zu einem Vorbehaltsurteile werden soll. Darüber s. S. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 466 ff. und Petersen eod. XIX S. 121 ff.

Über die Möglichkeit, ein Zwischenurteil nach § 275 zu erlassen, obgleich ein Teilurteil zulässig wäre, s. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 273.

4. Wegen der Entscheidung über die Kosten in einem Teilurteile s. Bem. Nr. 4 zu 87.

§ 275.

Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurteil erfolgen.

Mot. S. 29—32, 217, 218. KPr. S. 97, 543.

Digitized by Google

1. Litteratur: Schollmeyer der Zwischenstreit unter den Parteien (1880), Übel Ztschr. f. d. CPr. VI S. 464 ff., v. Krämel Arch. f. CPr. LXVI S. 314 ff., Brettner Mag. f. DR. V S. 283 ff., Planck I S. 455 f., R. Faull, über den Begriff und die prakt. Bedeutung des Zwischenstreits (Schwerin 1893).

2. Den Ausdruck „Zwischenurteil" gebraucht das Gesetz in dreifachem Sinne: a) zur Bezeichnung des einen Zwischenstreit zwischen Parteien und Dritten abschließenden Urteils (§§ 68, 126, 352, 354); b) zur Bezeichnung des Urteils, das über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel entscheidet; c) zur Bezeichnung des einen Zwischenstreit unter den Parteien entscheidenden Urteils. Von Zwischenurteil im Sinne b und c handelt § 275.

3. Zwischenurteil über ein selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel. Wegen des Begriffs „selbst. Angr.- und Vert.Mittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Ein solches Zwischenurteil wird insbesondere dann angezeigt sein, wenn eine Beschränkung der Verhandlung nach § 137 vorherging und die beschränkte Verhandlung kein Endurteil ermöglicht. Ein Zwischenurteil kann aber auch erlassen werden, ohne daß eine Beschränkung vorherging. Beispiele: a) Der Kläger behauptet Eigentum oder ein anderes dingliches Recht auf Grund Erwerbs durch Erbschaft und auf Grund von Ersitzung. Durch Zwischenurteil kann festgestellt werden, daß das dingliche Recht durch Erbschaft nicht erworben ist, so daß die weitere Verhandlung sich auf den anderen Erwerbsgrund beschränkt. b) Der Kläger stellt die hereditatis petitio ab intestato und behauptet, das Testament, auf Grund dessen der Beklagte Erbe sein will, sei wegen Formmangels nichtig; eventuell: das Testament sei erzwungen; subeventuell: durch das Testament sei des Klägers Noterbrecht verletzt. Ein Zwischenurteil stellt fest, daß ein Formmangel nicht bestehe. Die Verhandlung wird beschränkt auf die Frage, ob das Testament erzwungen sei. Ein zweites Zwischenurteil erledigt die Frage dahin, daß das Testament nicht erzwungen sei, oder macht die Erledigung dieser Frage von einer Eidesleistung abhängig. Dann wird nur noch die Frage wegen Verletzung des Noterbrechts verhandelt. c) Der Kläger stellt eine Reihe von Forderungen aus einem Gesellschaftsverhältnisse auf; der Beklagte bestreitet deren Entstehung und behauptet eventuell, daß alle Forderungen durch generellen Abrechnungs- und Nachlaßvertrag getilgt seien. Das Gericht erachtet es für zweckmäßig, die, eine weitläufige Beweisführung erfordernde Liquidstellung der einzelnen Klageposten auszusetzen und die Verhandlung auf die einfacher zu erledigende Einrede zu beschränken. Darauf wird durch Zwischenurteil entschieden, daß die Einrede nicht begründet sei. Andere Beispiele s. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 464 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1146.

Ein solches Zwischenurteil ist ein antizipierter Bestandteil der Entscheidungsgründe des Endurteils. Es kann niemals auf Zuerkennung oder Abweisung, sondern immer nur auf Feststellung lauten. In dem obigen Beispiele ad a würde das Zwischenurteil etwa lauten: „Es wird festgestellt, daß dem Kläger Eigentum an der Sache x durch Erbschaft nicht erworben ist"; in dem Beispiele ad b: 1. Zwischenurteil: „Es wird festgestellt, daß das Testament des Y den Formvorschriften entspricht"; 2. Zwischenurteil: „Es wird festgestellt, daß das Testament nicht erzwungen ist"; oder in dem Beispiele ad c: „Es wird festgestellt, daß die Einrede des Nachlaßvertrags unbegründet ist." — Der durch das Zwischenurteil erfaßte Prozeßstoff ist für die Instanz erledigt; in dieser Instanz kann darüber nicht mehr verhandelt werden. Das Gericht ist an das Zwischenurteil gebunden. Über bedingte Zwischenurteile s. § 426 Abs. 2. Ein Zwischenurteil mit anderer Bedingung als Eidesleistung ist unzulässig [RG. 24. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 73 S. 328]. Anfechtbar ist das Zwischenurteil erst mit dem Endurteile (§§ 473, 510); Ausnahme s. § 276. Alle

Digitized by Google

Zwischenurteile mit Ausnahme des in § 276 angeführten werden erst mit dem darauffolgenden Endurteile rechtskräftig.

4. Zwischenurteil über einen Zwischenstreit unter den Parteien. Zwischenstreit unter den Parteien ist der innerhalb eines anhängigen Prozesses sich ergebende, nur nach mündlicher Verhandlung und nicht durch Beschluß oder Verfügung zu erledigende Streit unter den Parteien über selbständige prozessualische Angriffs- und Verteidigungsmittel. [Vgl. Schollmeyer a. a. O., besonders S. 68 ff., 82 ff., 93, vgl. a. Wach Vortr. S. 88 f., Fitting Lehrb. (7) S. 164, Faull S. 24 ff. Teilw. abw. Wilm. Levy (6) N. 2b zu § 119 S. 203, Gaupp I S. 560.] Der Streit über materiellrechtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel ist kein Zwischenstreit i. S. d. CPrO. Streitigkeiten außerhalb eines anhängigen Prozesses, z. B. über die Zulässigkeit einer Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, sowie die Streitigkeiten im Vollstreckungsverfahren sind keine Zwischenstreite, ebensowenig ist das Verfahren über Arrest oder einstw. Verfügung ein Zwischenstreit im Verhältnis zur Hauptsache. Streitpunkte, die durch Beschluß oder Verfügung erledigt werden können, sind nicht Gegenstand eines Zwischenstreits. Das Gebiet des Zwischenstreits beschränkt sich auf solche Punkte, die nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung durch Urteil erledigt werden können. Daher sind alle diejenigen Punkte, worüber ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), dem Gebiete des Zwischenstreits entrückt.

Beispiele: Als Zwischenstreit wird im § 331 Abs. 2 ausdrücklich der vor einem beauftragten oder ersuchten Richter bei der Beweisaufnahme sich ergebende Streit bezeichnet, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Erledigung der beauftragte oder ersuchte Richter nicht befugt ist. Die Motive bezeichnen als Zwischenstreite die Verhandlungen über Urkundenedition, über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden und das Verfahren, das die Erklärung über die Zulässigkeit der Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteieiden zum Gegenstande hat. Es lassen sich anreihen die Streitigkeiten über die Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247), also auch über die sog. prozeßhindernden Einreden des § 247 [vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 78 ff., Planck I S. 456. AM. Wach Vortr. S. 88 ff., Weismann Hauptintervv. S. 120, Gaupp I S. 559 f.] und über Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung, über Klagänderung, über die Formalien des Einspruchs, des Restitutionsgesuchs, der Rechtsmittel, der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage; über die Zulässigkeit der Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels ꝛc. ꝛc.

Ergiebt sich aus der Entscheidung des Zwischenstreits die Erledigung des Prozesses für die Instanz — wie z. B. aus der Entscheidung, daß ein Mangel der Prozeßvoraussetzungen vorliege, die Abweisung der Klage, aus der Entscheidung, daß das Rechtsmittel nicht ordnungsmäßig eingelegt sei, dessen Zurückweisung, aus der Abweisung eines Urkundeneditionsgesuches oder aus der Entscheidung, daß eine Eideszu- oder -zurückschiebung unzulässig sei, die Entscheidung in der Sache selbst — so ist kein Raum für ein Zwischenurteil. Dann ist vielmehr ein Endurteil zu fällen und die Entscheidung des Zwischenstreits in die Entscheidungsgründe des Endurteils aufzunehmen.

Der durch das Zwischenurteil erfaßte Prozeßstoff ist für die Instanz erledigt. Das Gericht ist an das Zwischenurteil gebunden. Anfechtbar ist das Zwischenurteil erst mit dem Endurteile; Ausnahme: § 248 Abs. 2 (vgl. Bem. Nr. 3 a. E.).

Das Vorhandensein eines Zwischenstreits ist bedeutsam für die Möglichkeit eines Versäumniszwischenurteils (§ 312 Abs. 2) und für die Anordnung einer Eidesleistung durch Beweisbeschluß (§ 426 Abs. 1).

5. Über Kostenentscheidung im Zwischenurteile s. Bem. Nr. 4 litt. d zu § 87.

Digitized by Google

§ 276.

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.

Das Urteil ist in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen; das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.

Mot. S. 218, 219. Kpr. S. 97, 98, 543.

Litteratur: Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 336 ff.

1. § 276 bezieht sich nicht bloß auf Prozesse über Ansprüche auf Schadensersatz oder Interesse, sondern auf alle Prozesse, in denen Grund und Betrag eines Anspruchs streitig sein kann, z. B. Prozesse über Erbschaften, Alimente, Aussteuer, Gesellschaftsrechte ꝛc. Auch auf Feststellungsklagen ist § 276 anwendbar, wenn Grund und Betrag eines Anspruchs streitig ist [RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 104 S. 362].

2. Ist der Grund und der Betrag des im Prozesse befangenen Anspruchs streitig, so kann das Gericht gemäß § 137 anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf den Grund des Anspruchs zu beschränken sei. Das Gericht *kann* aber sowohl nach Erlassung jener Anordnung wie ohne diese über den Grund des Anspruchs vorab entscheiden, ohne den Betrag zu bestimmen [RG. 21. Nov. 1881 Entsch. VIII Nr. 104 S. 361, 3. Jan. 1884 XI Nr. 141 S. 429]. Über den Grund kann auch durch bedingtes (Eides-) Urteil (§ 426 Abs. 2) entschieden werden. [Vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 17 ff., Meyer Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 533, RG. 3. Mai 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1167, OLG. Jena in Entsch. d. RG. XXVIII Nr. 106 S. 425. AM. Haas a. a. O. S. 351 ff.] Über die Kosten ist in dem Urteile über den Grund noch nicht zu erkennen [RG. 26. April 1885 Entsch. XIII Nr. 104 S. 390].

Ein Urteil, das feststellt, daß der durch Klage oder Widerklage geltend gemachte Anspruch seinem Grunde nach zu Recht besteht, darf erst erlassen werden, wenn alle den Anspruch begründenden Thatsachen feststehen und alle Verteidigungsmittel, die gegen das Bestehen des Anspruchs vorgebracht sind, erledigt sind. Kann nur ein Element aus dem die Klage begründenden Thatbestande oder ein einzelner Rechnungsposten eines Kontokurrents dem Grunde nach festgestellt werden, so darf kein Urteil nach § 276, sondern nur ein Zwischenurteil nach § 275 erlassen werden. [Vgl. RG. 21. Nov. 1882 Entsch. VIII N. 104 S. 363, 28. Febr. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 424, 21. Dez. 1892 Entsch. XXXI Nr. 83 S. 361, 18. März 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1243, 14. Juni 1893 eod. S. 1241, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 393.] Ebenso darf kein Urteil nach § 276, sondern nur ein Zwischenurteil nach § 275 erlassen werden, wenn nur über ein einzelnes Verteidigungsmittel erkannt werden kann, während das Bestehen des Anspruchs aus anderen Gründen noch zweifelhaft ist. [Vgl. RG. 3. Mai 1893 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 369.] Nicht anders steht es, wenn nur das Entstandensein des Anspruchs unter Vorbehalt der Entscheidung über dessen Aufhebung, Hemmung oder Anfechtbarkeit festgestellt werden kann. [Vgl. RG. 1. Febr. 1884 SA. XXXIX Nr. 254, 14. Juni 1894 Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 77 ff.] Über den Grund einer Kompensationseinrede kann kein Urteil nach § 276, sondern nur ein Zwischenurteil nach § 275 erlassen werden [RG. 16. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 132 S. 421, 29. März 1883 XII Nr. 191 S. 363, 14. März 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1224]. Wird ein Teil einer Forderung zum Zwecke der Aufrechnung, ein anderer Teil durch Widerklage geltend gemacht, so kann über den Grund der durch Widerklage geltend gemachten Forderung ein Urteil nach § 276 erlassen werden [AM. OLG. Hamburg Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 139 f.]; aber ein derartiges

Digitized by Google

Urteil zu erlassen ist wegen der möglichen Verwicklungen nicht zweckmäßig [vgl. Schultzenstein eod. S. 141 f.].

Treffen die Voraussetzungen des § 276 mit denen des § 273 zusammen, so ist ein Urteil über den Grund eines von mehreren durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüchen zulässig.

Auch wenn die Voraussetzungen zur Erlassung eines Urteils nach § 276 vorliegen, steht diese im Ermessen des Gerichts. Ein Parteiantrag ist bloß Anregung der von Amtswegen zu pflegenden Erwägung über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit eines solchen Urteils. Dagegen, daß das Gericht kein solches Urteil erläßt, findet kein Rechtsmittel statt, auch wenn die Erlassung beantragt wurde. Wohl aber kann ein Urteil nach § 276 mit Berufung oder Revision aus dem Grunde angefochten werden, daß die Voraussetzungen zu einem solchen Urteile nicht vorlagen. Vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 1 zu § 273.

3. Das Urteil nach § 276 wäre an und für sich als Zwischenurteil nicht selbständig anfechtbar, ist aber durch Abs. 2 in betreff der Rechtsmittel dem Endurteile gleichgestellt, kann also selbständig durch Berufung und Revision angefochten werden. Folglich ist dieses Zwischenurteil gesonderter Rechtskraft fähig und kann nicht erst mit dem Endurteile angefochten werden. Die selbständige Anfechtbarkeit kommt auch dem durch Eid bedingten Zwischenurteile über den Grund des Anspruchs zu [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 19 ff., RG. Entsch. VI Nr. 134 S. 430 f.]. Ist das Urteil, das feststellt, daß der erhobene Anspruch vorbehaltlich der Entscheidung über den Betrag begründet sei, rechtskräftig, so kann zwar der Kläger seinen Antrag noch über den ursprünglich genannten Betrag hinaus erweitern (auch noch in der Berufungsinstanz); aber daraus, daß die Rechtskraft der Urteile sich nur auf den erhobenen Anspruch bezieht (§ 293), ergiebt sich, daß sich die Rechtskraft jenes Urteils über den Grund nicht auf den durch Erweiterung des Klagantrags neu erhobenen Anspruch erstreckt [RG. 16. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 106 S. 425, 11. Apr. 1894 SA. L Nr. 52].

Als Versäumniszwischenurteil kann ein Urteil über den Grund des Anspruchs nicht erlassen werden, weil kein Zwischenstreit im Sinne des § 312 Abs. 2 vorliegt. [Die abw. Äußerung im RG. Entsch. X S. 357 beruht auf der vom RG. verein. CS. Entsch. XXI S. 383 ff. aufgegebenen Ansicht über Zulässigkeit der Klage auf Schadenersatz vorbehaltlich der Liquidation.]

Hat das Gericht in unrichtiger Anwendung des § 276 ein Urteil erlassen, das nach der Absicht des Gerichts ein Urteil nach § 276 sein soll, nach der Prozeßlage und dem Inhalte des Urteils aber nur als Zwischenurteil nach § 275 hätte erlassen werden dürfen, so ist das Urteil nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich auch die unteren Gerichte und die Mehrzahl der Schriftsteller anschlossen, selbständig mit Berufung oder Revision anfechtbar. [Vgl. die in Bem. Nr. 2 cit. UU. des RG., ferner OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 490, OLG. Nürnberg eod. XVIII S. 193, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 563. AM. Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 359 ff., 366 ff. und frühere Aufl. dieses Komm. Vgl. a. die Entsch. d. verein. CS. Entsch. VII S. 426, wo die ähnlich liegende Frage nach der Anfechtbarkeit eines Urteils, das inkorrekterweise als bedingtes Endurteil erlassen wurde, ebenfalls zu Gunsten der Anfechtbarkeit entschieden wurde.]

4. Wird der Anspruch als dem Grunde nach hinfällig erkannt, so ist der Kläger abzuweisen, über den Betrag wird nicht mehr verhandelt. Wird durch Urteil festgestellt, daß der Anspruch seinem Grunde nach zu Recht bestehe, so unterbleibt regelmäßig die Verhandlung über den Betrag, bis das Urteil rechtskräftig ist; dann kann jede Partei den Gegner zur Verhandlung laden; vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f δ vor § 191. Das Gericht

Digitized by Google

kann aber auf Antrag des Klägers wie des Beklagten anordnen, daß schon vor der Rechtskraft des Urteils über den Betrag verhandelt werde. Dies wird das Gericht nur thun, wenn es nach Lage des Falls auf Nichtanfechtung oder Bestätigung seines Urteils rechnen kann (KPr. S. 98). Bezüglich des Antrags und der Entscheidung darüber, und bezüglich der Verhandlung und Entscheidung über den Betrag finden die in Bem. Nr. 4 zu § 248 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Gleichwie im Falle des § 248 Abs. 2 die ganze Verhandlung über die Hauptsache hinfällig wird, wenn das Urteil über die prozeßhindernde Einrede abgeändert wird, so wird im Falle des § 276 Abs. 2 die ganze Verhandlung und Entscheidung über den Betrag hinfällig, wenn das Obergericht den Anspruch als nicht begründet erklärt.

Wegen Versäumnis des Termins s. § 312 Abs. 1.

§ 277.

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruche abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

Mot. S. 219. KPr. S. 98, 99, 543.

1. Gerichtlicher Verzicht ist die im Laufe eines Prozesses von dem Kläger (Widerkläger) bei der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte oder im vorbereitenden Verfahren (§ 313) vor dem beauftragten Richter abgegebene Erklärung, daß er den in der Klage (Widerklage) geltend gemachten Anspruch aufgebe. [Vgl. Planck I S. 300 ff.] „Anspruch" bezeichnet hier sowohl das subjektive Recht in seiner Richtung gegen den Beklagten wie auch das Recht auf ein Urteil, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder verändert werden. a) Der nicht bei der mündlichen Verhandlung, sondern nur in einem Schriftsatze erklärte Verzicht kommt nur als außergerichtlicher in Betracht. [AM. Planck I S. 302.] b) Der gerichtliche Verzicht ist einseitige Erklärung; Annahme ist nicht erforderlich. Der Verzicht wird nicht erst durch den Urteilsantrag bindend. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. S. 331, Demelius Konfessio S. 240; dagegen Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 244 f., Planck I S. 302.] Als einseitige Handlung kann der Verzicht auch in Abwesenheit des Beklagten erfolgen. [Mot. S. 219, alle Komm., Planck I S. 301, Schollmeyer Zwischenstreit S. 25. AM. v. Canstein a. a. O. S. 330.] — c) Verzicht im Sinne des § 277 ist nur der Verzicht auf den durch Klage (Widerklage) rechtshängig gewordenen Anspruch, nicht der Verzicht auf einzelne Angriffsmittel. Der Verzicht im Sinne des § 277 kann sich auf einen von mehreren erhobenen Ansprüchen oder auf einen Teil eines Anspruchs beziehen; dann muß auf Antrag Teilurteil erlassen werden; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 273.

Über den Unterschied zwischen Verzicht und Zurücknahme der Klage s. Bem. Nr. 2 zu § 243.

2. Der Verzicht ist von Amtswegen durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1); die Protokollierung des vor dem Prozeßgerichte erklärten Verzichts ist jedoch keine Bedingung seiner Wirksamkeit [RG. 15. Juni 1883 Entsch. Nr. 112 S. 366].

3. Die Befugnis zum gerichtlichen Verzichte kann der prozeßfähigen Partei und dem gesetzlichen Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei nicht fehlen (vgl. § 52). — In der normalen Prozeßvollmacht (§ 77) liegt die Verzichtsbefugnis; doch kann die Vollmacht in diesem Punkte beschränkt werden (§ 79).

4. Wirkungen des gerichtlichen Verzichts. a) Auf Antrag des Beklagten ist der Kläger auf Grund des Verzichts mit dem Anspruche abzuweisen. Ohne Antrag wird nicht geurteilt. Wird der Antrag gestellt, so hat das Gericht zunächst zu unter-

Digitized by Google

suchen, ob die von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) gegeben sind. Ist hier ein Mangel, so kann trotz dem Verzichte nicht über die Hauptsache, sondern nur auf absolutio ab instantia erkannt werden. Besteht aber kein solcher Mangel, so hat das Gericht nur zu prüfen, ob ein gerichtlicher Verzicht vorliege; ist dies der Fall, so ist ohne weitere Kognition das abweisende Urteil zu erlassen. Dieses Urteil ist ein Urteil zur Hauptsache; es begründet die exceptio rei iudicatae; aus dem Verzichte kann diese noch nicht hergeleitet werden. Das Urteil ist anfechtbar mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln. Auch für die höhere Instanz behält der Verzicht seine Kraft. Eine Abänderung kann also nur erreicht werden, wenn die Existenz eines gültigen Verzichts mit Erfolg bestritten oder der Verzicht wirksam widerrufen wird. Wurde das abweisende Urteil nicht in dem Termine, in dem der Verzicht erklärt wurde, beantragt, so kann der Beklagte den Kläger auf einen späteren Termin laden, um das Urteil zu verlangen. In diesem Termine kann kein Versäumnisurteil, sondern, auch wenn der Kläger ausbleibt, nur ein Urteil auf Grund des Verzichts beantragt werden. Versäumt der Beklagte den Termin, so kann der Kläger ebenfalls kein Vers.Urt. verlangen, es wäre denn, daß er den Verzicht anficht. [Vgl. Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 20 ff.] b) Der Verzicht kann nicht beliebig widerrufen werden. Die CPrO. erwähnt einen Widerruf überhaupt nicht. Das hängt damit zusammen, daß der Verzicht bloß prozessualischer Akt ist, sondern auch in das materielle Recht eingreift. Aus dem materiellen Rechte ist daher zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen ein Verzicht widerrufen werden kann. Mit Einwilligung des Gegners kann der Verzicht widerrufen werden. Einseitig kann der Verzicht widerrufen werden, wenn ein civilrechtlicher Anfechtungsgrund vorliegt. Als Anfechtungsgründe kommen Bedrohung und Irrtum in Betracht. Die Anfechtung wegen Irrtums ist nach Analogie der condictio indebiti zu beurteilen, setzt also den Nachweis voraus, daß der Anspruch, auf den verzichtet ist, zu Recht bestand, daß der Verzichtende durch den Glauben an die Nichtexistenz des Anspruchs zu dem Verzichte veranlaßt war und daß dieser Glaube auf entschuldbarem Irrtum beruhte. Nach dem Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, ist Widerruf des Verzichts für die Instanz ausgeschlossen. Ist das Urteil nach § 277 in erster Instanz erlassen, so kann durch Berufung die Möglichkeit, die zur Anfechtung des Verzichts diensamen Momente vorzubringen, wieder eröffnet werden. Die Voraussetzungen zur Anfechtung des Verzichts sind in der Berufungsinstanz dieselben, wie in der ersten Instanz. In der Revisionsinstanz ist ein Widerruf des Verzichts nicht mehr möglich.

Welche Wirkungen ein außergerichtlicher Verzicht hat, ob er der Annahme bedarf, unter welchen Voraussetzungen er angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen.

5. Der Verzicht mit den in Bem. Nr. 2 erörterten Wirkungen ist ausgeschlossen bei Klagen auf Nichtigkeit einer Ehe (vgl. § 592), sowie bei Klagen auf Anfechtung (§ 605) und auf Aufhebung (§ 620) einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit, weil der Gegenstand der richterlichen Kognition hier der Disposition des Klägers nicht unterliegt. [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 422.] In diesen Fällen kann eine Verzichtserklärung nur als Zurücknahme der Klage in Betracht kommen; ihre Zulässigkeit sowie ihre Wirkungen sind nach § 243 zu beurteilen. Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 295. Bei Klagen auf Scheidung oder auf Ungültigkeit einer Ehe hat der Verzicht die gewöhnlichen Wirkungen [vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 46].

6. Über die Prozeßkosten ist nach §§ 87, 88 zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21—23 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

Digitized by Google

§ 278.

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Teil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen.

Mot. S. 219. KPr. S. 98, 99, 543.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 1 zu § 261, dazu: A. Hofmann hist. dogm. Darst. d. Anerkenntnisses i. CPr. (München 1892). — Gerichtliches Anerkenntnis ist die im Laufe des Prozesses von dem Beklagten (Widerbeklagten) bei der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte oder im vorbereitenden Verfahren (§ 313) vor dem beauftr. Richter abgegebene Erklärung, daß er den in der Klage (Widerklage) geltend gemachten Anspruch (in dem in Bem. Nr. 1 zu § 277 erörterten Sinne) nicht bestreite. [Vgl. Planck I S. 320.] Über den Unterschied zwischen Anerkenntnis und Geständnis s. Bem. Nr. 2 litt. f γ zu § 261. Das nicht bei der mündlichen Verhandlung, sondern nur in einem Schriftsatze erklärte Anerkenntnis kommt nur als außergerichtliches in Betracht [bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 223]. Das gerichtliche Anerkenntnis ist einseitige Erklärung; Annahme durch den Gegner ist nicht erforderlich. Das Anerkenntnis nicht erst durch den Urteilsantrag bindend. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 331, vgl. Demelius Konfessio S. 240; dagegen Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 244 f.] Als einseitige Handlung kann das Anerkenntnis auch in Abwesenheit des Gegners vor sich gehen. [Mot. S. 219, alle Komm., Schollmeyer Zwischenstreit S. 25 N. 1. AM. v. Canstein a. a. O. S. 330.] c) Anerkenntnis im Sinne des § 279 ist nur die Unterwerfung unter den Antrag des Klägers (Widerklägers), nicht die Einräumung einzelner Angriffsmittel. Das Anerkenntnis kann sich auf einen von mehreren in der Klage geltend gemachten Ansprüchen sowie auf einen Teil eines Anspruchs beziehen; dann muß Teilurteil erlassen werden; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 273.

2. Was in Bem. Nr. 2 und 3 zu § 277 über die Protokollierung des Verzichts und über die Befugnis der Partei, ihres gesetzlichen Vertreters und ihres Bevollmächtigten zum Verzicht gesagt ist, findet auf das Anerkenntnis entsprechende Anwendung.

3. Wirkungen des gerichtlichen Anerkenntnisses. a) Auf Antrag des Klägers ist der Beklagte auf Grund des Anerkenntnisses zu verurteilen. Ohne Antrag wird nicht geurteilt [RG. 2. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 193, 5. Mai 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1226, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 304]. Wird der Antrag gestellt, so hat das Gericht zunächst zu untersuchen, ob die von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 247) gegeben sind. Ist hier ein Mangel, so kann trotz dem Anerkenntnisse nicht zur Hauptsache, sondern nur auf absolutio ab instantia erkannt werden. Besteht aber kein solcher Mangel, so hat das Gericht nur zu prüfen, ob gerichtliches Anerkenntnis vorliege; ist dies der Fall, so ist ohne jede weitere Kognition das verurteilende Urteil zu erlassen. Dieses Urteil ist Urteil zur Hauptsache, es begründet die exceptio rei iudicatae; aus dem Anerkenntnisse kann diese noch nicht hergeleitet werden. Das Urteil ist anfechtbar mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln. [Vgl. RG. 1. Febr. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1231 und SA. XLIX Nr. 130.] Auch für die höhere Instanz behält das Anerkenntnis seine Kraft. Eine Abänderung kann also nur erreicht werden, wenn die Existenz eines gültigen Anerkenntnisses mit Erfolg bestritten oder das Anerkenntnis mit Erfolg angefochten wird. Was in Bem. Nr. 4a zu § 277 über die Erwirkung des Urteils in einem späteren Termine und über die Terminsversäumnis gesagt ist, findet hierher entsprechende Anwendung. b) Das Anerkenntnis kann nicht beliebig widerrufen werden. Die CPrO. erwähnt einen Widerruf überhaupt nicht; § 263 ist auf das Anerkenntnis nicht anwendbar, weil Geständnis und Anerkenntnis verschiedene Dinge

Digitized by Google

sind. Aus dem materiellen Rechte ist zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen ein gerichtliches Anerkenntnis angefochten werden kann. Mit Einwilligung des Gegners kann das Anerkenntnis widerrufen werden. Einseitig kann das Anerkenntnis widerrufen werden, wenn ein civilrechtlicher Anfechtungsgrund vorliegt. Als Anfechtungsgründe kommen Bedrohung und Irrtum in Betracht. Die Anfechtung wegen Irrtums ist nach Analogie der condictio indebiti promissi zu beurteilen [vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 254, Gaupp I S. 569 f. AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. I S. 331, Hellmann Lehrb. S. 266], kann also nur Erfolg haben, wenn von dem Beklagten bewiesen wird, daß der anerkannte Anspruch nicht zu Recht bestand, daß der Anerkennende durch den Glauben an die Existenz des Anspruchs zu dem Anerkenntnisse veranlaßt wurde und daß dieser Glaube auf entschuldbarem Irrtume beruhte. Im übrigen gelten für die Anfechtung des gerichtlichen Anerkenntnisses die Sätze, die in Bem. Nr. 4 litt. b zu § 277 für die Anfechtung des Verzichts entwickelt sind.

Welche Wirkungen ein außergerichtliches Anerkenntnis hat, ob es der Annahme bedarf, unter welchen Voraussetzungen es angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen.

4. In Ehesachen (§ 568) und in Entmündigungsprozessen kommen die Vorschriften über die Wirkung des Anerkenntnisses nicht zur Anwendung (§§ 577, 611, 624, 626), weil hier das Offizialprinzip eingreift [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 378 ff.]; die Parteidisposition kann die richterliche Prüfung des Streitverhältnisses nicht ausschließen. Übrigens ist das Anerkenntnis auch hier nicht schlechthin bedeutungslos; es kann als Beweisgrund bei der Beweiswürdigung in Betracht kommen. Vgl. Bem. Nr. 8 Abs. 1 a. E. zu § 261.

5. Über die Prozeßkosten ist nach §§ 87, 88 zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21—23 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

§ 279.

Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

Mot. S. 219, 220. KPr. S. 99—101, 543.

1. In § 278 ist der der Verhandlungsmaxime entsprechende Satz „Ne eat iudex ultra petita partium" zum Ausdruck gebracht. [Vgl. dazu Planck I S. 435 ff.]

2. Aus Abs. 1 folgt: a) Das Gericht darf einer Partei nicht mehr an Haupt- oder Nebensache zusprechen, als sie beantragt hat. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Richter in Zuerkennung von accessorischen Leistungen über den Antrag der Partei hinausgehen dürfe [Wetzell Syst. § 43 N. 35 S. 519], ist sonach, abgesehen von den Prozeßkosten, verneinend entschieden. Die Anrufung des nobile officium iudicis (die sog. clausula salutaris, s. RA. v. 1550 § 13, v. 1551 § 32) kann das Erfordernis des Antrags nicht ersetzen. — Wegen der Nebenforderungen vgl. noch § 292. Über die Frage, ob eine Nebenforderung, die nicht mit der Hauptsache geltend gemacht ist, selbständig geltend gemacht werden kann, vgl. Bem. Nr. 6 zu EG. § 14. b) Das Gericht darf einer Partei nichts anderes zusprechen, als sie beantragt hat; es genügt ein eventueller Antrag. Über eventuelle Anträge vgl. Nr. 3 V zu § 230 und Bem. Nr. 4 zu § 232. c) Der Kläger als solcher kann nie verurteilt werden. Wird der Antrag auf Verurteilung des Klägers

Digitized by Google

gestellt, so wird dieser Widerbeklagter. Daß bei den sog. doppelseitigen Klagen (iudicia duplicia), d. i. bei den interdicta retinendae possessionis und den Teilungsklagen, eine Verurteilung des Klägers ohne Widerklage erfolgen könne [Wetzell Syst. § 5 N. 6 S. 39], ist schon vom Standpunkte des früheren Prozeßrechts bestritten [vgl. Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 68 f., 141 ff., 150] und für das moderne Recht zu verneinen [vgl. Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 474. AM. Struckm. Koch N. 1]. Sofern Teilungen und Grenzregulierungen nicht in einem Rechtsstreite zu erledigen sind, gilt § 279 natürlich nicht. d) Auch bei Klagen, die nicht auf Verurteilung gehen, bilden die Anträge des Klägers die unüberschreitbare Grenze der Kognition und des Urteils [vgl. RG. 24. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 24 S. 104 in Bezug auf negative Feststellungsklagen; 19. Sept. 1884 SA. XL Nr. 156 in Bezug auf Klagen in Ehesachen].

3. Ein Urteil, das gegen § 279 verstößt, wird rechtskräftig, wenn es nicht mit Berufung oder Revision angefochten wird. Nichtigkeitsklage ist nicht zulässig.

4. Nicht bloß bezüglich der Erlassung einer Entscheidung im Kostenpunkte, sondern auch bei Beurteilung der Frage, welcher Partei die Kosten zu überbürden seien, ist das Gericht von einem Antrage der Parteien unabhängig. Darüber, in welchem Urteile über die Prozeßkosten zu erkennen ist, s. Bem. Nr. 4 zu § 87. Enthält das Schlußurteil die Entscheidung im Kostenpunkte nicht, so ist nicht die Aufhebung der Kosten anzunehmen, sondern es kann Ergänzung nach § 292 beantragt werden.

5. Die sog. Kostendistraktion des franz. Rechts (C. de proc. art. 133) ist dem Gesetze fremd. Vgl. jedoch den § 115.

§ 280.

Das Urteil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

Mot. S. 220. KPr. S. 101, 543.

1. Die dem Urteile zu Grunde liegende Verhandlung ist die letzte mündliche Verhandlung vor dem Urteile; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 119 und Bem. Nr. 2 zu § 258. Ist einer der Richter dauernd verhindert, an der Urteilsfällung sich zu beteiligen — z. B. gestorben, abgesetzt, pensioniert, schwer erkrankt — so bleibt nichts übrig, als die Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142). Wegen Beiziehung von Ergänzungsrichtern s. GVG. § 194. Verletzung des § 280 begründet die Revision (§ 513 Nr. 1) und die Nichtigkeitsklage (§ 542 Nr. 1). — Die Vorschriften über Beratung und Abstimmung s. GVG. §§ 184—199.

2. Die Vorschrift des § 280 bezieht sich nur auf die Fällung, nicht auf die Verkündung des Urteils. Verkündet kann das Urteil von anderen Richtern werden. Zwar macht erst die Verkündung das Urteil für das Gericht unabänderlich, bis zu diesem Zeitpunkte kann jeder Richter von seinem Votum zurücktreten; aber die Verkündung ist doch nur ein äußerliches Moment. Das Urteil kam mit der Abfassung zu stande und besteht von da ab als ein rechtlicher Akt, dessen Rechtsbeständigkeit und Verkündbarkeit durch das Ausscheiden eines beteiligten Richters nicht alteriert wird. Dafür, daß kein anderes als das wirklich beschlossene Urteil publiziert wird, bürgt die Autorität des Gerichts (Mot. S. 220, nordd. Prot. II S. 588, 589). [Vgl. Wach I S. 325 N. 10. AM. Kleinfeller die Funkt. d. Vorsitzenden S. 296 ff.]

3. Auf Beschlüsse, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, ist § 280 gleichfalls anwendbar (§ 294).

§ 281.

Die Verkündung des Urteils erfolgt in dem Termine, in welchem die

Digitized by Google

mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll.

Mot. S. 220—221. KPr. S. 101, 102, 543.

1. Vor der Verkündung existiert das Urteil für die Parteien nicht. Die Verkündung kann nur durch das Sitzungsprotokoll bewiesen werden (§§ 146 Nr. 6, 150). Zustellung ersetzt die Verkündung nicht. Wegen Öffentlichkeit bei Verkündung des Urteils s. GVG. § 174 in d. Fass. d. RG. v. 5. April 1888.

2. Regelmäßig wird das Gericht nach dem Schlusse der Verhandlung in Beratung treten und das Urteil an demselben Tage verkünden. Ist dies nicht möglich, so ist sofort Termin zur Verkündung anzuberaumen. Nicht über eine Woche hinaus (instruktionell); die Ansetzung auf längere Zeit hinaus ist kein Grund zur Anfechtung des Urteils (KPr. S. 101, 102); auch ist keine Beschwerde statthaft. Kann in dem angesetzten Termine die Verkündung nicht erfolgen, so ist der Termin von Amtswegen zu verlegen oder die Verkündung zu vertagen. — Im Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 48 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

3. Auf Beschlüsse, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen, ist § 281 gleichfalls anwendbar (§ 294).

§ 282.

Die Verkündung des Urteils erfolgt durch Vorlesung der Urteilsformel. Versäumnisurteile können verkündet werden, auch wenn die Urteilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist.

Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts.

Mot. S. 221. KPr. S. 102, 103, 543.

1. Der Vorsitzende hat die Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) vorzulesen (§ 127 Abs. 4). Diese muß also im Protokolle oder in einer Anlage (§ 146 Nr. 5) niedergeschrieben sein, wenn nicht schon das vollständig abgefaßte Urteil dem Protokolle beigelegt wird. Dadurch wird die Übereinstimmung des verkündeten mit dem später in vollständiger Form redigierten Urteile gesichert (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 286). Eine Ausnahme ist nur für Versäumnisurteile gestattet, weil hier die Urteilsformel zumeist nach dem Antrage lauten wird. Daß die Verkündung stattfand, ist im Protokolle festzustellen (§ 146 Nr. 6).

2. Die Verkündung der Entscheidungsgründe ist nicht notwendig, sondern steht im Ermessen des Vorsitzenden (nicht des Gerichts). Der Vorsitzende kann die Gründe vorlesen oder durch einen Beisitzer oder Gerichtsschreiber vorlesen lassen. Der Vorsitzende kann auch nur den wesentlichen Inhalt der niedergeschriebenen oder noch nicht niedergeschriebenen Gründe mündlich bekannt geben oder bekannt geben lassen. Wegen Abweichung der niedergeschriebenen Gründe von den verkündeten s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 286.

3. Beschlüsse und Verfügungen können ohne vorherige Niederschrift verkündet werden. Wegen ihrer Feststellung zu Protokoll s. § 146 Nr. 5.

§ 283.

Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urteils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin versäumt hat.

Die Befugnis einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urteils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urteile in anderer Weise Gebrauch zu

Digitized by Google

machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein anderes bestimmt.

Mot. S. 221, 222. KPr. S. 103, 543, 544.

1. Auch wenn beide Parteien in dem Verkündungstermine nicht erschienen sind, muß das Urteil verkündet werden. [Vgl. RG. 17. Febr. 1893 SA. XLIX Nr. 59.] Ohne Verkündung könnte die Konstatierung nach §§ 146 Nr. 6, 286 Abs. 3 nicht erfolgen. — Daraus, daß die Verkündung auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt gilt, die den Termin versäumt hat, im Zusammenhalte mit § 195 folgt insbesondere, daß es einer Ladung der im Verkündungstermine nicht erschienenen Partei zu den dabei verkündeten Terminen nicht bedarf (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 142, Bem. Nr. 1, 2 zu § 195).

2. Die Bestimmung, daß von der verkündeten Entscheidung schon vor der Zustellung Gebrauch gemacht werden darf, ist besonders für Zwischenurteile sowie für Verfügungen und Beschlüsse wichtig. Übrigens ist sie auch für Endurteile nicht bedeutungslos; es kann z. B. das verkündete Urteil, ohne zugestellt zu sein, benutzt werden, um einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung oder um die Vollstreckbarkeitsklausel zu einem Urteile der früheren Instanz zu erlangen. Auch wird schon durch Verkündung des Urteils, wodurch ein Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird, die Wirksamkeit des Arrestbefehls oder der einstw. Verf. beendigt [vgl. RG. 10. Febr. 1894 Entsch. XXXII Nr. 118 S. 421 ff.].

3. Die Zustellung der Urteile wird im Gesetze neben der Verkündung gefordert für den Beginn des Laufs der Notfristen der §§ 304, 477, 514, 540 Abs. 2, für die Eröffnung der Frist des § 292 Abs. 2 und für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung (§ 671 Abs. 1). Wegen des Ausschlußurteils s. § 833. Zustellung des Schiedsspruchs s. § 865.

4. Auf Beschlüsse und Verfügungen findet § 283 entsprechende Anwendung (§ 294).

5. Für das Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 48 Abs. 2 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

§ 284.

Das Urteil enthält:

1) die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;
2) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
3) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
4) die Entscheidungsgründe;
5) die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urteilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

Mot. S. 222. KPr. S. 103, 543, 544.

1. Die Vorschriften des § 284 gelten für alle Arten von Urteilen, bedingte und unbedingte, Teil-, Zwischen- und Endurteile, natürlich auch für Versäumnisurteile, dagegen nicht für Beschlüsse und Verfügungen. Für die Urteile der Gewerbegerichte gilt § 49 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

Digitized by Google

2. Zu Nr. 1: Vgl. §§ 121 Nr. 1, 230 Nr. 1. Auch die Nebenparteien sind zu bezeichnen. Die nicht prozeßfähige Partei und ihr gesetzlicher Vertreter sind nebeneinander im Urteile zu bezeichnen, z. B. „In Sachen des A vertreten durch B als Vormund" ꝛc., „In Sachen der Stadtgemeinde X vertreten durch den Bürgermeister C" ꝛc. — Die Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten (s. § 74 Bem. Nr. 3) im Urteile ist zwar nicht wesentlich (KPr. S. 544), aber wegen §§ 162—164 zweckmäßig [Bl. f. RA. XXXXV S. 353 ff.] und reglementarisch angeordnet für Preußen durch Verf. v. 13. Mai 1882 (JMBl. S. 135), Bayern durch Bek. v. 20. Mai 1882 (JMBl. S. 158), Sachsen durch VO. v. 2. Febr. 1882 (JMBl. S. 4), Württemberg durch Min. Verf. v. 30. Mai 1882 (Ger.Bl. XX S. 305, 374), Baden durch Bek. v. 13. Juli 1882 (GBl. S. 199), Sachsen-Koburg-Gotha durch Verf. v. 28. Juni 1882 (GS. f. Gotha S. 69), Sachsen-Weimar durch Bek. v. 30. Mai 1882 (RBl. S. 92), Schwarzb.-Rudolstadt durch V. v. 2. Juni 1882 (GS. S. 66), Lippe-Detmold durch Verf. v. 31. Mai 1882 (GS. S. 467), Elsaß-Lothringen durch Verf. v. 3. Juni 1882 (Samml. v. Ges. ꝛc. VII S. 155).

3. Zu Nr. 2: Vgl. §§ 121 Nr. 1, 230 Nr. 1, 280, 286. — Ist das Urteil von anderen Richtern als denjenigen, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, verkündet worden, so sind nur die Namen der bei der Urteilsfällung beteiligten Richter in dem Urteile anzugeben. Die Namen der publizierenden Richter ergeben sich aus dem Sitzungsprotokolle (§§ 145 Nr. 2, 146 Nr. 6).

4. Zu Nr. 3: Litteratur: v. Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 237 ff., Bretschneider Bl. f. Rechtspfl. in Thür. XXVIII S. 353 ff., Stegemann Mag. f. DR. I S. 165 ff., Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 192 ff., v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 333 ff., Bünger eod. S. 352 ff., v. Kräwel eod. IV S. 242 ff., VI S. 184 ff., Vierhaus eod. V S. 87 ff., Brückner eod. S. 409 ff., Bähr Urteile des RG. S 207 ff., Rocholl Rechtsfälle I S. 486 ff., Wengler Thatbestand des Civilurteils (1884), Pütter Urteile u. Beschlüsse (1885), Bähr Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 422 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 111 ff., Wach civilprozeß. Enquete, Beil. zu Bd. XI der Ztschr. f. d. CPr., S. 134 ff., Meyer Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 476 ff., G. Pfizer Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 66 ff. Vgl. a. Entsch. d. RG. II Nr. 99 S. 371 verb. m. Nr. 38 S. 143 f., Nr. 110 S. 394, Nr. 117 S. 404, Nr. 123 S. 422, III Nr. 20 S. 66 f., IV Nr. 53 S. 185, Nr. 102 S. 368, Nr. 120 S. 418, Nr. 123 S. 428, Nr. 126 S. 431, Nr. 127 S. 433, V Nr. 115 S. 403, VI Nr. 104 S. 350, X Nr. 19 S. 67 ff., Nr. 20 S. 74, Nr. 93 S. 317, XVI Nr. 4 S. 18. Weitere Entsch. d. RG.: SA. XXXVI Nr. 85, 238, 241, XXXVII Nr. 346; Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 1114, XXVI S. 126, 737, 1163, 1164, 1165, XXVIII S. 1143.

Die Abfassung des Urteils seinem ganzen Inhalte nach ist Sache des Gerichts. Das Gesetz hat die Vorschrift des franz. Rechts, wonach die Abfassung des Thatbestandes (der sog. qualités) im Anwaltsprozesse den Anwälten überlassen ist, nicht angenommen. — Der Thatbestand des Urteils ist auf Grund der mündlichen Verhandlung zu fertigen. Die Anträge, deren thatsächliche Begründung, die Beweisantretungen, die Erklärungen und die Beweisergebnisse sind in den Thatbestand aufzunehmen. Der Thatbestand soll nicht bloß das thatsächliche Vorbringen enthalten, das für das Urteil nach der Auffassung des Gerichts entscheidend ist, sondern auch das Vorbringen, das von dem Gerichte als unerheblich oder doch mit Rücksicht auf anderes Vorbringen nicht als entscheidend erachtet wird. Das von dem Gerichte nicht für erheblich erachtete Material kann möglicherweise von der höheren Instanz als bedeutsam erachtet werden. Schon wegen der Vorschrift des § 92 Abs. 2 ist es notwendig, im Thatbestande alles festzustellen, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. Ging einem Endurteile ein Zwischenurteil oder einem unbedingten Endurteile ein

Digitized by Google

bedingtes voran, so braucht der Thatbestand, der in dem Zwischenurteile oder in dem bedingten Urteile enthalten ist, in dem Endurteile oder dem unbedingten Urteile nicht wiederholt zu werden. — Die Darstellung des Sach- und Streitstandes kann durch Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze, soweit dieser Inhalt mit den mündlichen Vorträgen der Parteien übereinstimmt, sowie durch Bezugnahme auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen — s. §§ 146 Nr. 2, 269, 270 — vereinfacht werden. Ob eine solche Bezugnahme zweckmäßig ist, ist nach den Umständen zu beurteilen. Keinesfalls darf die Bezugnahme dahin ausarten, daß der Zusammenhang oder das Verständnis der Entscheidungsgründe verloren geht. Die bloße Bezugnahme auf die Schriftsätze und die Akten kann den Thatbestand nicht ersetzen. [Vgl. RG. Entsch. III Nr. 20 S. 64, IV Nr. 53 S. 189, Nr. 26 S. 431, Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1165 f., bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVI S. 107.] — Rechtsausführungen der Parteien gehören nicht in den Thatbestand.

Der Mangel eines ordnungsmäßigen Thatbestandes ist Verletzung der Vorschriften über das Verfahren; die Verletzung kann die Berufung und die Revision (vgl. Bem. Nr. 8 litt. c zu § 513) begründen. Der Mangel ist von Amtswegen zu beachten [RG. Entsch. II Nr. 117 S. 406]. Nicht ordnungsgemäß ist auch der Thatbestand, worin Widersprüche vorkommen [Entsch. X Nr. 19 S. 73].

5. Zu Nr. 4: Die Entscheidungsgründe sollen die Erwägungen, wodurch die Richter zu der in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidung gelangt sind, erkennbar machen. Dazu gehören nicht bloß die rechtlichen Ausführungen, sondern auch die auf das Sachverhältnis bezüglichen Erwägungen des Gerichts, namentlich die Beweiswürdigung. In dem Gesetze ist nicht vorgeschrieben, daß die Entscheidungsgründe von dem Thatbestande äußerlich getrennt werden müssen, daher ist nicht ausgeschlossen, daß der Thatbestand mit den Entscheidungsgründen vermengt wird. Doch empfiehlt sich, die äußerliche Trennung von Thatbestand und Gründen als Regel festzuhalten. [Vgl. Streich a. a. O. S. 244 ff., Wengler a. a. O. S. 82 ff., RG. Entsch. II Nr. 110 S. 396, Nr. 123 S. 421 f., IV Nr. 120 S. 418, Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 128.] Widersprüche zwischen der Darstellung des Sach- und Streitstandes im Thatbestande und der Darstellung in den Entscheidungsgründen begründen die Revision [RG. Entsch. X Nr. 19 S. 73]. — Der Mangel von Entscheidungsgründen begründet die Revision (§ 513 N. 7), aber nicht die Nichtigkeitsklage.

6. Zu Nr. 5: Die Urteilsformel (der Tenor) muß von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich gesondert und als Urteilsformel erkennbar sein. Die Urteilsformel kann dem Thatbestande und den Entscheidungsgründen vorangehen oder nachfolgen. Vorschriften oder Andeutungen über die Fassung der Urteilsformel finden sich in den §§ 73 Abs. 4, 105, 277, 295, 296 Abs. 2, 306, 308, 310, 497, 500, 501, 503 Abs. 2, 526, 527, 528 Abs. 1, 552 Abs. 1, 560, 562 Abs. 1, 563 Abs. 2, 613 Abs. 1, 660 Abs. 1, 767, 805 Abs. 2, 806 Abs. 2, 848 Abs. 1, 867, 870 Abs. 3. Ist auch die Verwendung der Gesetzesworte nicht gerade obligat, so ist sie doch zu empfehlen. Insbesondere ist es wünschenswert, daß schon in der Formel zum Ausdrucke kommt, ob das Urteil eine Entscheidung zur Sache oder eine Abweisung aus prozessualischen Gründen ist [vgl. Wilm. Levy N. 6, Schultzenstein Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 171 f.].

7. Das Urteil selbst enthält weder das Datum seiner Abfassung noch das Datum seiner Verkündung. Dieses Datum ist nach § 286 Abs. 3 zu konstatieren.

§ 285.

Der Thatbestand des Urteils liefert rücksichtlich des mündlichen Partei-

Digitized by Google

vorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

Mot. S. 22—25, 222. KPr. S. 103, 544.

1. Litteraturangaben s. Bem. Nr. 4 zu § 284; insbesondere Wengler a. a. O. S. 97 ff.; ferner H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 255 ff.

2. § 285 enthält drei Beweisregeln. Die erste Regel: „der Thatbestand liefert rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis" stimmt mit § 383 überein. Der Thatbestand liefert als Gerichtszeugnis vollen Beweis für die Thatsache, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgebracht haben, was als vorgebracht bezeugt ist, und daß sie nichts anderes vorgebracht haben, als was im Thatbestande bezeugt ist. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy N. 1, Endemann II S. 120, Gaupp I S. 581, Petersen (2) S. 481, Wengler a. a. O. S. 119, v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 340, RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 420, OLG. Augsburg Ztschr. f. d. CPr. IV S. 432. AM. v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 242, Bähr Urt. d. RG. S. 226.] Dieser durch den Thatbestand bezüglich des Parteivorbringens gelieferte Beweis ist aber vor anderem Urkundenbeweise insofern ausgezeichnet — und darin liegt die zweite Beweisregel, als der Beweis dafür, daß die Parteien etwas nicht vorbrachten, was im Thatbestande steht, oder etwas vorbrachten, was nicht im Thatbestande steht, nur durch das Sitzungsprotokoll geliefert werden kann. Da in das Sitzungsprotokoll nicht alles von den Parteien Vorgebrachte aufzunehmen ist, so kann der Umstand, daß ein in dem Thatbestande konstatiertes Parteivorbringen in dem Sitzungsprotokolle nicht enthalten ist, nicht zur Entkräftung des durch den Thatbestand gelieferten Beweises dienen. Vielmehr kann der durch den Thatbestand gelieferte Beweis nur durch einen positiven, dem positiven oder negativen Inhalte des Thatbestandes widersprechenden Inhalt des Sitzungsprotokolls entkräftet werden. Als zur Widerlegung des Thatbestandes geeigneter Inhalt des Sitzungsprotokolls kommen zunächst die nach §§ 146 Nr. 1, 2, 269, 270, 315, 470 erfolgenden Feststellungen in Betracht. Gleichviel ist, ob die Erklärungen durch Aufnahme in das Protokoll selbst oder durch Anlage zum Protokolle festgestellt sind (§ 146 Abs. 3). — Widerspricht der Inhalt des Sitzungsprotokolls dem Inhalte des Thatbestandes, so ist der durch den Thatbestand gelieferte Beweis entkräftet. Das Protokoll liefert trotz dem widersprechenden Thatbestande vollen Beweis. Darin liegt die dritte Beweisregel, der Richter muß aus dem Protokolle vollen Beweis entnehmen. Gegenüber dem Protokolle selbst ist Gegenbeweis durch alle Beweismittel zulässig, nur nicht durch den entkräfteten Thatbestand.

Die gesetzlichen Beweisregeln des § 285 sind insbesondere für die höheren Instanzen von Bedeutung. Die Obergerichte müssen, wenn das Sitzungsprotokoll nicht widerspricht, annehmen, daß das mündliche Parteivorbringen in der unteren Instanz so gelautet hat, wie es im Thatbestande berichtet ist, und wenn das Protokoll widerspricht, so, wie es im Protokolle bezeugt ist [RG. 5. Okt. 1880 SA. XXXVI Nr. 238]. Übrigens kommt es zur Anwendung des § 285 nicht, wenn die Thatsache eines vom Thatbestandsberichte abweichenden Parteivorbringens von dem Gegner zugestanden ist; denn die zugestandene Thatsache bedarf nach § 261 keines Beweises [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 421]. — Schreibfehler im Thatbestande des Urteils binden das Obergericht nicht, selbst wenn sie nicht im Wege des § 290 berichtigt sind [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 210].

3. Der Umstand, daß eine zum Thatbestande gehörige Konstatierung von Parteivorbringen unter die Entscheidungsgründe geraten ist, steht der Anwendung des § 285 nicht im Wege [RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 110 S. 396]. — Der durch den Thatbestand gelieferte Beweis wird nicht dadurch entkräftet, daß im Protokolle bekundet ist,

Digitized by Google

die Parteien hätten die Schriftsätze verlesen, wenn auch deren Inhalt von dem Thatbestande teilweise abweicht; denn daraus läßt sich nicht ersehen, daß die Parteien bei dem Inhalte dieser Schriftsätze verblieben [vgl. Wengler S. 113 f., RG. 26. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 114 S. 402].

4. Nur bezüglich des mündlichen Vorbringens der Parteien gelten die Beschränkungen des Gegenbeweises, nicht bezüglich sonstiger Konstatierungen, z. B. von Aussagen der Zeugen und Sachverständigen oder von Augenscheinsergebnissen, die mit der Darstellung des Sach- und Streitstandes verbunden sind. Ist das Ergebnis einer Beweisaufnahme dem Gerichte von den Parteien vorzutragen (s. § 258 Abs. 2), dann greifen die Regeln des § 285 insofern ein, als es sich um die Thatsache handelt, ob ein Beweisergebnis vorgetragen wurde.

§ 286.

Das Urteil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urteile bemerkt.

Ein Urteil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, ist vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urteile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.

Mot. S. 222, 223. KPr. S. 103, 544.

1. Das Urteil existiert bereits mit der Verkündung der Urteilsformel (§ 282). War es bei der Verkündung noch nicht „in vollständiger Form", d. i. mit allen aus § 284 sich ergebenden Bestandteilen, abgefaßt, so ist es nachträglich nach Maßgabe des § 284 abzufassen. Dabei haben sämtliche bei der Urteilsfällung beteiligten Richter mitzuwirken. Die Mitwirkung kann natürlich darin bestehen, daß der von einem Richter angefertigte Entwurf von den übrigen gutgeheißen wird. Meinungsverschiedenheiten darüber, was als Thatbestand oder welche Entscheidungsgründe anzuführen seien, sind durch Beratung und Abstimmung nach GVG. §§ 196—198 zu erledigen. Ist nach der Verkündung und vor der Abfassung des Urteils ein Richter oder sind mehrere weggefallen, so kann das Urteil nicht mit Thatbestand und Gründen versehen werden. In dieser mangelhaften Form ist es von den übrigen Richtern zu unterschreiben und dem Gerichtsschreiber zu übergeben. Ein solches Urteil kann wegen Mangels des Thatbestandes und der Gründe, durch Berufung oder Revision angefochten, wenn und solange diese Rechtsmittel zulässig sind, kann aber auch rechtskräftig werden. [Vgl. Gaupp I S. 578. AM. Wilm. Levy N. 2; nach dessen Ansicht ist in diesem Falle eine neue Verhandlung und neue Entscheidung nötig, weil der Prozeß nicht zu einem perfekten Urteil geführt hat. Dem steht entgegen, daß das Urteil von der Verkündung an rechtlichen Bestand hat.]

Das in vollständiger Form abgefaßte, nicht schon das vorher verkündete Urteil ist von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben [vgl. KPr. S. 103, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 263]. Die Unterschriften aller Richter sind auch erforderlich, wenn das Urteil in das Protokoll aufgenommen wurde. Ist ein Richter verhindert, das Urteil, an dessen Abfassung er teilgenommen hat, zu unterschreiben, so ersetzt die in § 286 Abs. 1 vorgesehene Bemerkung des Vorsitzenden oder des dienstältesten Bei-

Digitized by Google

sitzers die Unterschrift. Durch solche Bemerkung können mehrere Unterschriften ersetzt werden. Zu dem Ersatzmittel ist auch bei vorübergehender Verhinderung, z. B. durch Krankheit oder Abwesenheit, zu greifen, wenn Ausfertigungen nötig werden. Sind alle Richter oder ist der Einzelrichter dauernd verhindert, zu unterschreiben, so ist das Urteil formell mangelhaft, kann aber (trotz § 288 Abs. 2, der nur den regelmäßigen Fall betrifft) ausgefertigt und zugestellt werden. Der Mangel jeder Unterschrift begründet die Berufung oder Revision, wenn und solange diese Rechtsmittel zulässig sind. Das Urteil kann aber auch rechtskräftig werden. [Vgl. Gaupp I S. 578. AM. Wilm. Levy N. 2.]

Die in der Minorität gebliebenen Richter dürfen weder die Unterschrift verweigern, noch ihrer Unterschrift eine Bemerkung beifügen, woraus ihre Dissens hervorgeht (vgl. KPr. S. 103 und KPr. z. GVG. S. 59 f., 694 f.). Über Separatvota s. Bem. Nr. 5 zu § 271.

Der Gerichtsschreiber hat die Urschrift des Urteils nicht zu unterschreiben. Er unterschreibt die Bemerkung über den Tag der Verkündung (§ 286 Abs. 3) und die Ausfertigungen (vgl. hann. Prot. XV S. 5496 ff., 5499).

2. Das unterschriebene Urteil ist dem Gerichtsschreiber zu übergeben. Die Vorschrift, daß dies vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, geschehen soll, ist bloß instruktionell; Verspätung beeinträchtigt die Gültigkeit des Urteils nicht.

Die Formel des vollständig abgefaßten Urteils muß mit der verkündeten Formel stimmen. Andernfalls kann das abgefaßte Urteil wegen Abweichung von dem verkündeten durch Berufung und Revision angefochten werden. Wird es aber nicht angefochten, so kann es rechtskräftig werden. Ergiebt sich bei der Abfassung des Urteils, daß die verkündete Formel an einer Unrichtigkeit der in § 292 bezeichneten Art leidet, so ist die unrichtige Formel in das abgefaßte Urteil aufzunehmen, gleichzeitig aber Berichtigungsbeschluß nach § 290 zu erlassen. Korrektur ohne diesen Beschluß würde das Beschwerderecht der Parteien (§ 290 Abs. 3) vereiteln (vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 290) und Inkongruenz der Formeln zur Folge haben. Daß die Gründe des abgefaßten Urteils nicht mit den verkündeten stimmen, ist kein Anfechtungsgrund, weil die Verkündung der Gründe nicht wesentlich ist (§ 282 Abs. 2).

3. Auf Beschlüsse und Verfügungen ist § 286 nicht anwendbar. Beschlüsse brauchen nicht von sämtlichen Richtern unterschrieben zu werden. [Vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 112 S. 400.]

§ 287.

Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urteile in ein Verzeichnis zu bringen. Das Verzeichnis wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.

Mot. S. 222. KPr. S. 103—106, 544, 545.

1. Der Vorsitzende bestimmt einen oder mehrere Wochentage, an denen das Verzeichnis der von der Kammer oder dem Senate erlassenen Urteile ausgehängt wird. Darin sind die seit Abschluß des letzten Verzeichnisses verkündeten und unterschriebenen Urteile unter Angabe der Parteien und des Streitgegenstandes und des Tags der Verkündung aufzuführen, nicht der Inhalt der Urteile (KPr. S. 106). Aus dem Verzeichnisse können die Parteien entnehmen, daß Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften eines Urteils erteilt werden können (§ 288 Abs. 2); mit dem Aushange beginnt die Frist zu Anträgen auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 291 Abs. 2).

2. Die Vorschriften des § 287 sind instruktionell. Deren Verletzung hat auf die Gültigkeit des Urteils keinen Einfluß.

Digitized by Google

§ 288.

Die Zustellung der Urteile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

Solange das Urteil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht erteilt werden.

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urteile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Mot. S. 222. KPr. S. 104, 545.

1. Zu Abs. 1: Wozu die Zustellung verkündeter Urteile nötig ist, s. Bem. Nr. 3 zu § 283. Die Zustellung erfolgt nach §§ 152 ff. — Urteile, wodurch auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind von Amtswegen zuzustellen (§ 582). In Entmündigungssachen werden Beschlüsse und Urteile von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde mitgeteilt (§§ 603, 615, 619 Abs. 3, 624, 626). — Über Zustellung der Urteile im Verfahren vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1891 (RGBl. S. 141) § 30.

2. Zu Abs. 2: Wegen des Rechts, Ausfertigungen, Abschriften und Auszüge des Urteils zu verlangen, s. § 271 nebst Bem. Nr. 1 und 2. Ausfertigungen, Abschriften und Auszüge sind von dem Gerichtsschreiber zu erteilen. Wegen vollstreckbarer Ausfertigungen s. §§ 662 ff.

Die Zustellung der Abschrift oder Ausfertigung eines Urteils, das noch nicht mit allen erreichbaren Unterschriften versehen ist, ist inkorrekt und eröffnet daher nicht den Lauf der Rechtsmittelfrist [RG. 5. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 94 S. 366]. Wird die fehlende Unterschrift nachträglich beigesetzt, so kann der Mangel nach § 267 gehoben werden.

3. Über Zustellung von Beschlüssen und Verfügungen s. § 294.

§ 289.

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteilen enthalten ist, gebunden.

Mot. S. 29, 30, 223. KPr. S. 104, 545.

1. a) Das Gericht kann die Entscheidung, die in den von ihm entlassenen bedingten und unbedingten End- (Teil-) und Zwischenurteilen enthalten ist, nicht aufheben oder abändern; das kann nur die höhere Instanz. Die §§ 290—292 enthalten keine Ausnahmen; denn weder die Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten oder des Thatbestandes noch die Zusatzentscheidung ist Änderung der Entscheidung. Modifikationen der Regel enthält das Einspruchs- und das Wiederaufnahmeverfahren. Über das Verhältnis eines Zwischenurteils zum Versäumnisurteile s. Bem. Nr. 2 zu § 297.

b) Das Gericht ist auch insofern an seine in End- (Teil-) und Zwischenurteilen enthaltenen Entscheidungen gebunden, als es bei der Fortsetzung des Verfahrens in der Instanz und bei der weiteren Entscheidung die frühere Entscheidung beachten muß. Die bindende Kraft kommt aber bloß der Dispositive des Urteils, nicht den Entscheidungsgründen zu [vgl. RG. 8. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 107 S. 225]. Daher kann das Gericht nach Erlassung eines Zwischenurteils über den übrigen Prozeßstoff von anderen als den in den Gründen des Zwischenurteils niedergelegten Gesichtspunkten aus die Endentscheidung fällen, so daß das Zwischenurteil unerheblich wird. Solange die im Zwischenurteile enthaltene Feststellung nicht angetastet wird, ist § 289 nicht verletzt. — Über das Verhältnis des Purifikationsurteils zum bedingten Endurteile s. Bem. Nr. 2 zu § 427. Über bedingte Zwischenurteile s. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 426.

c) Weil das Gericht an seine Urteile gebunden ist, ist eine weitere Verhandlung der Parteien über den durch das Urteil (bedingt oder unbedingt) erledigten Anspruch oder Anspruchsteil oder Prozeßstoff in der Instanz zwecklos, daher unstatthaft.

Digitized by Google

2. In den Motiven S. 223 heißt es: „Daß umgekehrt Beschlüsse und Verfügungen prozeßleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft haben, ist von dem Entwurfe — abweichend von neueren Gesetzeswerken (vgl. Bayern Art. 296, Württemberg 384/386, hann. Entw. § 273, preuß. Entw. § 364, nordd. Entw. § 358) — als selbstverständlich weggelassen; für den Beweisbeschluß folgt es aus § 325." Vgl. dazu Bem. Nr. 1 Abs. 4 vor § 272.

§ 290.

Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urteile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Über die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urteile und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 223. CPr. S. 104, 105, 545.

Litteratur: Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 868 ff., Schultzenstein Ztschr. f. d. CPr. XV S. 74 ff.

1. Das in § 290 vorgesehene Verfahren ist zur Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten bestimmt, die in irgend einem der in § 284 angeführten Bestandteile des Urteils vorkommen. Unter „ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten" sind solche zu verstehen, die, wie Schreib- und Rechnungsfehler, auf ein Versehen des Gerichts im Ausdrucke des Gewollten zurückzuführen sind. Auch Fehler in der Entscheidung selbst, die auf unrichtiger Wiedergabe dessen beruhen, was nach den Entscheidungsgründen vom Gerichte gewollt ist, gehören dazu. [Vgl. RG. 26. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 95 S. 399 ff., wo auch zahlreiche frühere Entscheidungen angeführt sind, ferner RG. 6. Juli 1889 SA. XLV Nr. 51.] Es kann sein, daß die im Urteile vorkommende Unrichtigkeit auf ein Versehen einer Partei zurückführt, z. B. die Partei hat den Namen des Gegners ungenau, mit falschem Vornamen oder mit falscher Schreibweise des Zunamens, oder einen anderen Stand angegeben; sie hat sich in der Plannummer oder sonstigen Bezeichnung eines Grundstücks geirrt oder sie hat sich bei der Addition oder Subtraktion der von ihr angeführten Rechnungsposten versehen; der falsche Name, die falsche Plannummer, das falsche Rechnungsresultat ist in das Urteil hinüber genommen. Auch in diesen Fällen ist die Berichtigung zulässig; denn obgleich die Unrichtigkeit durch ein Versehen der Partei veranlaßt ist, so liegt doch auch ein Irrtum des Gerichts im Ausdrucke dessen, was es wollte, vor. [Vgl. RG. 4. Dez. 1886 Entsch. XXIII S. 406. AM. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XV S. 75, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 320. In diesen beiden Entscheidungen wurde die Berichtigung eines von der Partei aus Versehen nicht ganz richtig angegebenen Namens des Gegners abgelehnt. Dagegen Schultzenstein a. a. O. S. 81.]

Was das Gericht hat aussprechen wollen, kann nicht in diesem Verfahren berichtigt werden, wenn sich das Gericht auch hintendrein überzeugt, daß es durch Irrtum dazu gelangte, dies zu wollen. [Vgl. die in Entsch. XXIII S. 409 u. 410 cit. Entsch. d. RG., ferner 13. Jan. 1892 SA. XLVII Nr. 237.]

2. Die Berichtigung nach § 290 steht dem Gerichte zu, von dem das Urteil erlassen ist. Die untere Instanz kann ihr Urteil auch noch berichtigen, wenn es durch ein Rechts-

Digitized by Google

mittel angefochten ist [RG. 13. Jan. 1892 SA. XLVII Nr. 237]. Die Rechtskraft des Urteils schließt dessen Berichtigung nicht aus. Solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, kann die Berichtigung anstatt auf dem kürzeren Wege des § 290 auch durch Rechtsmittel erstrebt werden. Wer ein Rechtsmittel lediglich zur Herbeiführung einer Berichtigung einlegt, statt den Antrag nach § 290 zu stellen, läuft allerdings Gefahr, daß ihm die Mehrkosten zur Last bleiben.

Die Berichtigung kann auf Antrag oder von Amtswegen erfolgen. Weil der Antrag nur Anregung einer Offizialthätigkeit ist, ist er an keine Form gebunden, kann schriftlich und mündlich angebracht werden. Der Antrag unterliegt nicht dem Anwaltszwange, denn es wäre unsinnig, einen Antrag als nicht vom Anwalte ausgehend abzuweisen, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß eine der in § 290 bezeichneten Unrichtigkeiten vorhanden, folglich Berichtigung von Amtswegen geboten ist. [AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, RG. 15. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 94 S. 404 ff., das RG. mit der unhaltbaren Einschränkung, daß der Anwaltszwang gelte, wenn nicht ohnehin von Amtswegen eine Berichtigung erfolgen müßte.] Das Gericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, aber auch mündliche Verhandlung anordnen. Wegen Ladung s. Bem. Nr. 6 litt. e zu § 119 S. 177. Jede Berichtigung und die Abweisung eines Berichtigungsantrags erfolgt durch Beschluß. Dabei können andere Richter mitwirken, als diejenigen, welche bei dem Urteile mitgewirkt haben (arg. a contr. § 291 Abs. 4). Ergeht der Beschluß nach mündlicher Verhandlung, so ist er zu verkünden, sonst beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294). Der Beschluß, der eine Berichtigung ausspricht, wird auf der Urschrift und den Ausfertigungen des Urteils bemerkt. Die den Parteien ausgehändigten Ausfertigungen sind durch die Gerichtsschreiberei einzufordern und zu berichtigen. Zwangsmaßregeln sind jedoch nicht vorgesehen.

3. a) Der Beschluß, wodurch ein Berichtigungsantrag zurückgewiesen wird, ist unanfechtbar. [AM. OLG. Braunschweig SA. XLVIII Nr. 144 für den Fall, daß der Berichtigungsantrag ohne sachliche Prüfung als unzulässig zurückgewiesen wurde.] Daß die Partei, die das Urteil für der Berichtigung bedürftig hält, das Urteil mit Berufung oder Revision anfechten und in der höheren Instanz die Berichtigung verfolgen kann, ist eine Sache für sich. b) Der von Amtswegen oder auf Antrag erlassene Berichtigungsbeschluß ist durch sofortige Beschwerde (§ 540) anfechtbar. Auch ein Beschluß, der sachlich keine Berichtigung, sondern eine Änderung des Urteils enthält, kann und muß durch Beschwerde angefochten werden [RG. 28. Aug. 1892 Entsch. XXIX Nr. 107 S. 403]. Hebt das Beschwerdegericht den Berichtigungsbeschluß auf, so findet keine weitere Beschwerde statt, weil der den Antrag zurückweisende Beschluß nicht anfechtbar ist; vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 531. [AM. RG. 24. Juni 1892 Entsch. XXX Nr. 94 S. 323.] Wird die Beschwerde versäumt, so unterliegt der Berichtigungsbeschluß als solcher trotz Berufung oder Revision gegen das Endurteil nicht der Beurteilung des höheren Gerichts (§§ 473, 510) [RG. 23. Okt. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 420]; natürlich kann das berichtigte Urteil, d. i. die Unterlage des Beschlusses, in der höheren Instanz abgeändert werden. — Gegen das Urteil kann vor und nach der Berichtigung das zulässige Rechtsmittel eingelegt werden; die sofortige Beschwerde gegen den Berichtigungsbeschluß ist neben dem Rechtsmittel gegen das Urteil zulässig (KPr. S. 104 f.) und notwendig [RG. 4. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1090]. Die Fristen der Rechtsmittel sind unabhängig von einander [vgl. RG. Entsch. XXIX Nr. 107 S. 406]. — Darin, daß das Gericht ein von dem verkündeten Urteile im Tenor abweichendes Urteil abfaßt und in den Entscheidungsgründen die Abweichung durch einen bei der Verkündung untergelaufenen Rechnungsfehler motiviert, liegt kein mit Beschwerde

Digitized by Google

anfechtbarer Berichtigungsbeschluß [RG. 25. März 1881 Entsch. V Nr. 96 S. 357]; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 286.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

5. Obwohl § 294 den § 290 nicht erwähnt, können Unrichtigkeiten der in § 290 bezeichneten Art auch in Beschlüssen und Verfügungen berichtigt werden, weil es sich bloß um Fehler im Ausdrucke des Gewollten handelt. § 290 bietet kein arg. a contr., er reguliert nur den Hauptfall mit Rücksicht auf § 289. [Vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 76 ff.]

6. Ein Läuterungsverfahren zur Beseitigung von Dunkelheiten oder Widersprüchen in der Urteilsformel kennt das Gesetz nicht (Mot. S. 224 f., KPr. S. 104 f.). [Vgl. OLG. Braunschweig SA. XLIV Nr. 226.]

§ 291.

Enthält der Thatbestand des Urteils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welchem das Urteil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urteile mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden, und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters, den Ausschlag. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urteile und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Änderung des übrigen Teils des Urteils nicht zur Folge.

Mot. S. 22—25, 223, 224. KPr. S. 105, 106, 545—547.

1. Vgl. die in Bem. Nr. 4 zu § 284 enthaltenen Litteraturangaben, insbesondere Wengler Thatbestand S. 122 ff. — Über „Thatbestand" vgl. Bem. Nr. 4 zu § 284. Die Berichtigung kann sich auch auf solche zum Thatbestande gehörige Feststellungen beziehen, die unter den Entscheidungsgründen stehen. [Vgl. v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. III S. 461.]

2. Die Berichtigung des Thatbestandes kann nicht bloß zu dem Zwecke beantragt werden, um die Übereinstimmung des Thatbestandes mit einem widersprechenden Inhalte des Sitzungsprotokolls und seiner Anlagen herzustellen — in diesem Falle ist die Berichtigung möglich, aber wegen der höheren Beweiskraft des Sitzungsprotokolls von geringerem Interesse [vgl. RG. Entsch. XIII Nr. 116 S. 424] — sondern hauptsächlich zu dem Zwecke, um solche Unrichtigkeiten, Auslassungen, Dunkelheiten, Widersprüche zu berichtigen, worüber aus dem Sitzungsprotokolle und seinen Anlagen *nichts* zu entnehmen ist (Mot. S. 224). Die Berichtigung ändert nichts am Inhalte des Protokolls und an dessen Beweiskraft (§ 285). Ist im Berichtigungsverfahren die Thatsache eines mit dem Inhalte des Sitzungsprotokolls unvereinbaren Parteivorbringens durch ein gerichtliches, in mündlicher Verhandlung abgelegtes Geständnis festgestellt, so ergiebt sich für die höhere Instanz folgende Prozeßlage: das Geständnis wirkt fort (§ 494); es kommt, solange das Geständnis nicht nach

Digitized by Google

§ 263 widerrufen ist, nicht zu einer Beweiswürdigung, folglich auch nicht zur Anwendung des § 285 (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 285).

Die Berichtigung des Thatbestandes kann für das Verfahren in der Instanz bedeutsam sein; sie kann die Ergänzung des Urteils (§ 292) vorbereiten, wenn sich aus dem berichtigten Thatbestande ergiebt, daß ein Haupt- oder Nebenanspruch bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist. Die hauptsächliche Bedeutung der Berichtigung aber tritt bei Anfechtung des Urteils durch Rechtsmittel hervor. Für die höhere Instanz ist der berichtigte Thatbestand maßgebend. Die Konsequenzen zeigen sich bei Anwendung der §§ 92 Abs. 2, 489, 491 Abs. 2, 494, 495.

Die Berichtigung des Thatbestandes zieht keine Abänderung der Urteilsformel und der Entscheidungsgründe durch das Instanzgericht nach sich; selbst dann nicht, wenn die Entscheidungsgründe und die Urteilsformel sich als die Folge des unrichtigen und jetzt berichtigten Thatbestandes darstellen. Die möglicher Weise durch die Berichtigung entstehende Inkongruenz zwischen dem Thatbestande und den Entscheidungsgründen oder der Urteilsformel kann außer dem Falle der Ergänzung (§ 292) nur dadurch beseitigt werden, daß das Urteil durch das Rechtsmittel der Berufung oder der Revision angefochten wird. Sind Rechtsmittel nicht mehr zulässig, so ist keine Änderung des Urteils zu erzielen. Auch ein Widerspruch gegen die auf Grund eines solchen Urteils erfolgende Zwangsvollstreckung ist nicht zu begründen. [AM. Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 194.]

3. Verfahren: a) Es ist Parteiantrag nötig. Auch die kontumazierte Partei kann den Antrag stellen. Für den Antrag ist eine einwöchige Frist gesetzt, die mit dem Aushange des Urteilsverzeichnisses (§ 287) beginnt. Die Frist kann durch Vereinbarung, nicht durch das Gericht, verlängert werden (§ 202). b) Der Antrag muß im Anwaltsprozesse durch Zustellung eines Schriftsatzes, er kann im amtsgerichtlichen Verfahren auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 462) gestellt werden. Der Schriftsatz muß angeben, was berichtigt werden soll, und das Ladungsformular enthalten. Terminsbestimmung s. § 193; Ladungsfrist s. § 194. c) Über den Berichtigungsantrag wird nach mündlicher Verhandlung durch Beschluß entschieden. Ist die Antragsfrist nicht eingehalten oder die Vorschrift über die Form des Antrags nicht beobachtet, so ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Die Verhandlung erstreckt sich auf die in dem Schriftsatze beantragten Berichtigungen. In der mündlichen Verhandlung kann die Berichtigung anderer Punkte nur verlangt werden, wenn die Frist noch nicht abgelaufen oder vom Gegner verlängert ist. — Das Gericht entscheidet ohne Beweisaufnahme, weil die Richter nur eigene Wahrnehmungen festzustellen haben. Es ist zu erwarten, daß sie das ihnen vorgehaltene Versehen in der Feststellung dieser Wahrnehmungen entweder auf Grund des Protokolls nebst Anlagen oder auf Grund ihrer Erinnerung verbessern können. Daher können bei der Entscheidung nur die Richter mitwirken, die bei dem Urteile mitgewirkt haben (§ 280). Ist einer oder sind mehrere dieser Richter verhindert, an der Entscheidung über den Berichtigungsantrag teilzunehmen, so fassen die übrigen oder der übrige Richter den Beschluß, ohne sich auf die vorgeschriebene Richterzahl zu ergänzen. Für den Fall der Stimmengleichheit enthält § 291 Abs. 4 besondere Vorschriften. Sind alle Richter, die bei dem Urteile mitgewirkt haben, oder ist der Amtsrichter verhindert, über den Berichtigungsantrag zu entscheiden, so ist eine Entscheidung nicht möglich. Das ist dem Antragsteller vom Vorsitzenden der Kammer oder des Senats oder von dem nachgerückten Amtsrichter zu eröffnen. d) Ein Versäumnisverfahren im Sinne der §§ 295 ff. kann nicht stattfinden, weil das Gesetz keinen Versäumnisbeschluß kennt. Erscheint nur eine der Parteien, so ist nach Lage der Sache zu beschließen; die §§ 295, 296 aber sind nicht anwendbar. Einspruch findet nicht statt. [Vgl. Struckm.

Digitized by Google

Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 590, Wengler S. 144. Falsch: Kleiner II S. 186.] Erscheint keine Partei, so ruht das Berichtigungsverfahren nach Analogie des § 228; denn die mündliche Verhandlung ist obligatorisch und das Verfahren ist, im Gegensatze zu dem nach § 290, kein Offizialverfahren. [Vgl. Struckm. Koch N. 4. AM. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 590, Wengler S. 144.] e) Wegen Vormerkung des eine Berichtigung aussprechenden Beschlusses auf dem Urteile vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 290.

4. Die Fristen zur Einlegung der Rechtsmittel werden durch das Berichtigungsverfahren nicht berührt. Ist gegen das Urteil ein Rechtsmittel eingelegt und ein bei der Vorinstanz gestellter Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes zur Zeit der mündlichen Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz noch nicht erledigt, so ist diese Verhandlung zu vertagen, damit eventuell das Rechtsmittelgericht in die Lage kommt, die Berichtigung zu berücksichtigen. Die Berufung oder Revision kann nicht zu einer Berichtigung des Thatbestandes des Urteils der Vorinstanz führen.

5. Die Vorschriften des § 291 finden auf alle Arten von Urteilen und auf die Urteile aller Instanzen Anwendung. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 292.

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urteils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Teil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

Mot. S. 224, 225. KPr. S. 106, 547.

1. Beabsichtigt das Urteil, nur über einen Teil des Streitgegenstandes zu entscheiden, so ist es ein Teilurteil (§ 273). Es kann aber durch Versehen vorkommen, daß das Urteil mit der Prätension auftritt, den Streit seinem ganzen Umfange nach zu entscheiden, gleichwohl aber Teile davon unentschieden läßt. Dann ist das (bedingte oder unbedingte) Urteil nach § 292 zu ergänzen. Auf Beschlüsse ist § 292 nicht anwendbar [RG. 17. Okt. 1884 SA. XLII Nr. 75]; die einem Beschlusse fehlende Entscheidung über den Kostenpunkt ist im Beschwerdeverfahren nachzusuchen [RG. 3. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1257].

2. Die Ergänzung kann von jeder Partei beantragt werden: a) wenn ein nach dem ursprünglichen oder berichtigten Thatbestande durch Klage, Widerklage oder Antrag nach § 253 geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch — Anspruch im Sinne von Recht auf Leistung oder auf Feststellung oder Änderung von Rechtsverhältnissen (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136 und Bem. Nr. 1 zu § 273) — bei der Entscheidung ganz oder teilweise übergangen ist. Ist ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel — und dazu gehört auch die Kompensationseinrede — übergangen, so findet § 292 keine Anwendung. [Vgl.

Digitized by Google

Wilm. Levy N. 2, Petersen (2) S. 490 f. AM. bezüglich der zur Kompensation vorgebrachten Gegenforderung Schollmeyer Komp.Einr. S. 116 f. auf Grund der unrichtigen Ansicht, daß die Einrede der Aufrechnung eine unentwickelte Widerklage sei; ferner Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 591]. b) Wenn keine oder nur eine unvollständige Entscheidung im Kostenpunkte getroffen ist, vorausgesetzt, daß die Entscheidung nicht vorbehalten worden ist [vgl. OLG. Marienwerder SA. XLVIII Nr. 145]. Da über die Kosten von Amtswegen zu entscheiden ist, so kann Ergänzung beantragt werden, auch wenn kein Antrag gestellt war.

3. Verfahren. a) Die Ergänzung muß binnen einer einwöchigen Frist beantragt werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung des unvollständigen Urteils für die betreibende Partei wie für den Gegner (§ 198 Abs. 2). Der Antrag kann vor der Zustellung gestellt werden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 304). Die Frist kann durch Vereinbarung, nicht durch das Gericht verlängert werden (§ 202). Restitution findet nicht statt. b) Der Antrag muß im Anwaltsprozesse durch Zustellung eines Schriftsatzes, er kann im Verfahren vor den Amtsgerichten auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 462) gestellt werden. In dem Schriftsatze muß der Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten sein. Terminsbestimmung s. § 193, Ladungsfrist s. § 194. c) Über den Antrag ist nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden, auch die Abweisung des Antrags darf nicht durch Beschluß erfolgen [RG. 7. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 100 S. 343]. An der Verhandlung und Urteilsfällung können andere Richter teilnehmen, als die bei dem früheren Verfahren beteiligten [RG. 2. Juli 1889 Entsch. XXIII Nr. 99 S. 323, 7. Nov. 1892 XXX Nr. 100 S. 345]. Die Verhandlung erstreckt sich nicht auf den erledigten Teil des Rechtsstreits. Die Verhandlung ist wie jede wieder eröffnete Verhandlung dazu bestimmt, das ganze Streitverhältnis bezüglich des unerledigten Anspruchs darzulegen. Die Parteien können bezüglich dieses Anspruchs neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Die Bestimmungen über das Versäumnisurteil (§§ 295 ff.), über Unterbrechung und Aussetzung (§§ 217 ff.), sowie über Ruhen des Verfahrens (§ 228) finden Anwendung. d) Sowohl das Urteil, das den Ergänzungsantrag zurückweist, wie das Ergänzungsurteil ist selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar. Die Frist, zur Einlegung des Rechtsmittels beginnt mit der Zustellung der neuen Entscheidung; sie ist unabhängig von der Frist, die für das Rechtsmittel gegen das frühere Urteil läuft. Eine Besonderheit enthält § 478 für den Fall der Erlassung eines Ergänzungsurteils innerhalb der Berufungsfrist. Betrifft die Entscheidung nur den Kostenpunkt, so steht § 94 der Anfechtung im Wege. [AM. OLG. Braunschweig SA. XXXVII S. 343 für den Fall der Zurückweisung des Erg.Antrags.]

4. Die Ergänzung eines Urteils kann nicht im Wege des Rechtsmittels auch nicht durch Anschließung erreicht werden (Mot. S. 224). [Vgl. RG. 24. Jan. 1883 XI Nr. 108 S. 409, 24. März 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1197, 2. Juli 1889 Entsch. XXIII Nr. 99 S. 423.] Die höhere Instanz kann nur über die Ansprüche urteilen, die Gegenstand des Urteils der Vorinstanz waren (arg. § 499). Nur die in der Vorinstanz unterbliebene Entscheidung über die Prozeßkosten kann und muß die Rechtsmittelinstanz nachholen, wenn sie in der Hauptsache abändernd erkennt, da sie in diesem Falle von Amtswegen über die Kosten des ganzen Rechtsstreites zu entscheiden hat (arg. § 279). [Vgl. Wilm. Levy N. 3, OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 145 u. SA. LXVII Nr. 236. AM. Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 146 ff.] Ist die Frist versäumt oder der Ergänzungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, so hört die Rechtshängigkeit des übergangenen Anspruchs auf; dann kann die Partei den betreffenden Anspruch, sofern er selbständig verfolgt werden kann, im Wege besonderer Klage geltend machen (norbd. Prot. II

Digitized by Google

S. 601). [Vgl. Planck I S. 480, Ruhstrat Arch. f. c. Pr. LXV S. 277 ff., Stein Urk.Proz. S. 217.] Nicht selbständig verfolgt werden kann der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten [vgl. Planck I S. 268 N. 63, S. 385 u. 480 bei N. 25, RG. 3. Dez. 1888 Entsch. XXII Nr. 81 S. 421].

5. Im Zusammenhange mit § 292 steht EG. § 14 Nr. 5. Danach sind Vorschriften, nach denen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn darüber nicht entschieden ist, aufgehoben. Näheres s. Bem. Nr. 6 z. EG. § 14.

6. Besondere Ergänzungsanträge enthalten die §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2, 654. Auf diese findet Bem. Nr. 3, nicht aber Bem. 4, entsprechende Anwendung. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 502, Bem. Nr. 2 zu § 562, Bem. Nr. 1 zu § 654.

7. Wegen der Gebühren s. GKG. § 29, Mot. S. 64 dazu und Komm.Ber. S. 73.

§ 293.

Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

Mot. S. 225—228. KPr. S. 106—108, 547.

1. Litteratur: Freudenstein d. Rechtskraft nach der RCPrO. (1881), dazu Hellmann Kr. VJSchr. XXIV S. 574 ff., Klöppel die Einrede d. Rechtskraft (1882), C. Krüger Rechtskraft d. Urteils (1885), Wach Vortr. S. 101 ff., Kroll Klage und Einrede S. 308 ff., Planck I § 53, Hellmann Lehrb. S. 329 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 247 ff., Schollmeyer Komp.Einr. S. 117 ff., Windscheid Pand. I §§ 129, 130, Dernburg Pand. I § 163, pr. PR. I § 137, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 55, Herzog Ztschr. f. d. CPr. I S. 416 ff., Fitting eod. II S. 466 ff., Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 514 ff., Zitelmann Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 254 ff., R. Schmidt Klagänderung S. 171 ff., Mot. z. Entw. e. BGB. I S. 368 ff.; vgl. a. Bernatzik Rechtspr. u. mat. Rechtskraft, verwaltungsrechtl. Studien (1886), E. Demelius z. L. v. d. Rechtskraft d. Civilurteils nach österr. R. (1892).

2. Von der formellen Rechtskraft handelt § 645. Formell rechtskräftig ist das Urteil, das weder durch Einspruch noch durch ein (ordentliches) Rechtsmittel anfechtbar ist. § 293 betrifft die materielle Rechtskraft, d. i. den Einfluß des formell rechtskräftigen Urteils auf die Rechtsverhältnisse der Parteien. Er erschöpft aber nicht die Regeln über materielle Rechtskraft, indem er die Frage, welche Wirkungen sich aus der materiellen Rechtskraft ergeben, nicht beantwortet, sondern nur bestimmt, inwieweit dem Urteile die aus dem materiellen Rechte zu entnehmenden Wirkungen der Rechtskraft zukommen. Diese Bestimmung erschien notwendig, weil darüber tief gehende Verschiedenheit der Meinungen in Doktrin und Praxis bestand. Über diese Meinungen und die Stellung des § 293 dazu giebt folgendes Citat aus den Motiven des Entw. III Aufschluß:

„Für das gem. Recht ist nach dem Vorgange v. Savignys (Syst. VI S. 350 ff., 429—443, 451 f.) die Regel aufgestellt: die in den Gründen enthaltenen Elemente des Urteils erwachsen in Rechtskraft; Elemente aber sind diejenigen Bestandteile der Gründe, welche Entscheidungen enthalten. Alles, was der Richter entscheidet, wird rechtskräftig, so daß nicht nur die Entscheidungen über die durch Klage oder durch Widerklage erhobenen Ansprüche, sondern auch diejenigen Entscheidungen die Rechtskraft erlangen, welche über die, den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch bedingenden Rechte (Präjudizialpunkte, Legitimationspunkte, z. B. über das Eigentum des praedium dominans in dem Prozesse über die actio confessoria, über die Erbenqualität des Klägers in dem Prozesse über die vindicatio einer zur Erbschaftsmasse

Digitized by Google

gehörigen Sache, über die Verwandtschaft des Klägers mit dem Beklagten in dem Prozesse über die Klage auf Alimentation, über das Kapital in dem Prozesse über die Klage auf Zinsen, über Einreden, Repliken und Dupliken) erfolgt sind.

Die Richtigkeit dieser, von angesehenen Juristen (vgl. Windscheid Pand. 4. Aufl. I § 130 Nr. 5) auf die Entscheidung über Thatsachen ausgedehnten Formel ist insbesondere von Wetzell § 47 bei N. 94—101 und Unger Syst. d. öst. PrR. II S. 615—649 bekämpft. Unger a. a. O. II S. 639, 540 faßt das Ergebnis seiner Ausführungen dahin zusammen: die Rechtskraft des Urteils reicht so weit, als der Inhalt des Urteils reicht; nach dem wahren vollen Inhalt des Urteils bestimmt sich der mögliche Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Das Urteil enthält einen selbständigen und direkten Ausspruch nur über den konkreten Klaganspruch, also weder über die Klagethatsachen noch über die Präjudizialpunkte. Einen Ausspruch über Recht und Ansprüche des Beklagten kann das Urteil enthalten, wenn und insofern in der Anerkennung des Klagerechts notwendig zugleich eine Aberkennung der Ansprüche des Beklagten liegt; dagegen enthält das Urteil an sich niemals einen selbständigen Ausspruch über die positive Berechtigung des Beklagten. Wetzell (S. 594 der 3. Aufl.) fixiert das Resultat seiner Darstellung dahin: „Die exceptio rei iudicatae kann überhaupt nur gegen Klagerechte begründet sein und durch das Urteil über Klagerechte begründet werden. Auf die Wahrheit oder Unwahrheit einzelner Thatsachen oder Rechtselemente ist der materielle Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar."

Zwischen diesen Gegensätzen bewegte sich die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis (vgl. Erk. d. ROHG. v. 31. März 1871, Seuffert Arch. XXV Nr. 278); dagegen herrscht gemeinrechtlich Einverständnis darüber, daß es für die materielle Rechtskraft gleichgültig sei, an welchem Orte, ob in der Urteilsformel oder in den Entscheidungsgründen, der der Rechtskraft fähige Ausspruch des Richters steht.

Auf die preußische Praxis hat einen maßgebenden Einfluß das Erkenntnis des OTr. v. 16. Okt. 1848 (Entsch. XVII S. 462) gewonnen, nach welchem die Rechtskraft nur der in dem Tenore des Urteils enthaltenen Entscheidung — nur der Entscheidung über die Ansprüche, welche unmittelbar den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, sowie über Präjudizialpunkte, welche abgesondert instruiert sind (vgl. Plen.Entsch. d. OTr. v. 19. Sept. 1845, Erk. dess. v. 5. Juli 1851 u. v. 7. Apr. 1856 bei Gruchot Beitr. VII S. 194, 195) — als dem letzten praktischen Resultate des Urteils und nicht über dessen Bereich hinaus zukommt.

Die französische Doktrin und Praxis machen in Übereinstimmung mit der preußischen Praxis den Eintritt der Rechtskraft davon abhängig, daß der der Rechtskraft fähige Ausspruch in den Tenor (dispositif du jugement) aufgenommen ist, unterscheiden sich dagegen rücksichtlich des Umfangs, in welchem sie die Rechtskraft statuieren. Der Gegenstand und der Umfang der conclusions motivées bestimmen den Gegenstand und den Umfang des dispositif: was in dem dispositif des Urteils »sur des conclusions formelles prises par les parties« entschieden ist, wird als chose jugée betrachtet. Vgl. Aubry et Rau Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, Ed. III tom. VI § 769 pag. 489, 490." .....

Aus dieser Verschiedenheit der Meinungen folgern die Verf. der Motive die Notwendigkeit einer einheitlichen Regulierung des Umfangs der Rechtskraft der von den deutschen Gerichten erlassenen Urteile, polemisieren gegen die v. Savignysche Ansicht und fahren dann fort:

„Das Urteil darf nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und darf nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses gar nicht bewußt geworden sind. Die Rücksicht auf den Willen der Parteien, die Rücksicht auf das Richteramt fordern daher eine Beschränkung des Umfangs der Rechtskraft, ähnlich derjenigen Beschränkung, welche Unger und Wetzell für das gemeine Recht, das Obertribunal für das preußische Recht verteidigen, — und diese Rücksichten erscheinen als so überwiegend, daß sich das Gesetz von denselben leiten lassen mußte. Der § 293 Abs. 1 erklärt demgemäß im Anschlusse an den nordd. Entw. § 359 Abs. 1 Urteile der Rechtskraft nur insofern für fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Indem das Gesetz aber gleichzeitig im § 231 die

Digitized by Google

Feststellungsklage sanktionierte, gewann es die Möglichkeit, die Bedenken zu beseitigen, welche von dem durch v. Savigny vertretenen Standpunkte aus gegen die Vorschrift des § 293 Abs. 1 erhoben werden können. Im Anschlusse an die durch Unger a. a. O. II S. 629, 630 N. 22, S. 640 N. 38 angedeuteten Vorschläge und in Übereinstimmung mit dem Geiste des römischen Rechts und der französischen Doktrin und Praxis gestattet es nach dem Vorbilde des nordd. Entw. § 196 jeder Partei, durch die im § 253 geregelten Inzidentfeststellungsklagen — dem Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, dem Beklagten durch Erhebung einer Widerklage — über ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teile abhängt, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken, gelangt also auf diesem Wege zu einem Ergebnisse, welches im wesentlichen dem v. Savignyschen Standpunkte entspricht, nur daß es nicht das Gesetz, sondern den Willen der Parteien darüber bestimmen läßt, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll."

3. Zu Abs. 1: a) Der materiellen Rechtskraft fähig sind nur unbedingte Endurteile.

b) Endurteile sind der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Anspruch umfaßt hier, wie in §§ 136, 273, 277, 278, 292, sowohl das Recht auf Leistung wie auch das Recht auf ein Urteil, wodurch ein Rechtsverhältnis festgestellt oder geändert wird (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136). — Ein Anspruch kann erhoben werden durch Klage, Widerklage, Erweiterung oder Änderung von Klage und Widerklage. Darunter fällt die Antragstellung nach § 253. Das Urteil, das den Prozeß beendigt, ohne über den Anspruch — die Hauptsache, die merita causae, den Streitgegenstand — zu entscheiden, entbehrt überhaupt der materiellen Rechtskraft. Deshalb ist das Urteil, das die Klage (Widerklage) aus einem prozeßrechtlichen Grunde, z. B. wegen eines Mangels der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder wegen Unzulässigkeit der Prozeßart, z. B. des Urkunden-, Wechsel-, Eheprozesses, zurückweist, materieller Rechtskraft nicht fähig. Durch ein derartiges Urteil ist nur entschieden, daß dem Begehren einer Entscheidung über den Streitgegenstand in diesem Prozesse keine Folge zu geben ist. In einem anderen Prozesse kann die gleiche Rechtslage eintreten, aber der zweite Prozeß ist weder „eadem res" noch „res iudicata". [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 595 f., Bülow Prozeßeinreden S. 282, Weismann Hauptinterv. S. 90 N. 22, Hellmann Lehrb. S. 340, Planck I S. 271. AM. Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 55 5. Aufl. S. 283, Schultze Privatr. u. Proz. I S. 346 f. (dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 202 f.), Kohler Pr. als RV. S. 64 N.** u. Forschungen S. 63, Levy Ztschr. f. d. CPr. XX S. 95.] Auch das Urteil, das eine Klage wegen Mangels des Rechtsschutzbedürfnisses, z. B. eine negatorische Klage wegen Nichtvorhandenseins eines Eingriffs in das Eigentum, eine Feststellungsklage wegen Mangels des Feststellungsinteresses, abweist, ist nicht res iudicata gegenüber einer späteren, das Rechtsschutzinteresse anders begründenden Klage (vgl. Bem. Nr. 10 litt. a zu § 231). — Nicht der Rechtskraft fähig sind Entscheidungen über einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel und über Thatsachen [vgl. RG. 8. Febr. 1882 Entsch. VII Nr. 107 S. 354, 12. Febr. 1884 XI Nr. 99 S. 384 ff., bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 150]. Eine Ausnahme macht das Urteil über die Echtheit einer Urkunde.

Einzelnes: Wurde zufolge einer Leistungsklage der Beklagte zu einer Leistung verurteilt, so erfaßt die Rechtskraft nur den eingeklagten Anspruch oder Anspruchsteil, nicht auch das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, geschweige denn ein etwa dafür präjudizielles Rechtsverhältnis, solange nicht Antrag auf Feststellung dieser Rechtsverhältnisse (§ 253) gestellt und darüber entschieden ist. Wenn z. B. A 40 ℳ als 4%ige Zinsen pro

Digitized by Google

1894 aus 1000 ℳ Darlehen eingeklagt hat und B zur Zahlung dieser 40 ℳ Zinsen verurteilt ist, so ist damit weder über das Darlehensverhältnis noch über weitere Zinspflicht rechtskräftig entschieden. Klagt A gegen B das Darlehen oder 40 ℳ 4%ige Zinsen pro 1895 ein und B bestreitet das Darlehen oder die Zinspflicht, so kann A sich nicht auf res iudicata berufen. Anders, wenn in jenem Prozesse bezüglich der Zinspflicht oder des Darlehens eine Entscheidung beantragt und gegeben wurde. Oder A hat auf Grund seines Eigentums an der Sache x mit a. negatoria gegen B geklagt und dessen Verurteilung erlangt. Später erhebt A gegen B die rei vindicatio. Bestreitet B das Eigentum des A, so kann A das Urteil des früheren Prozesses nicht als res iud. anrufen, es wäre denn in diesem Prozesse die Entscheidung über das Eigentum beantragt und gegeben worden. — Wurde eine Leistungsklage als unbegründet abgewiesen, so erfaßt die Rechtskraft nur den eingeklagten Anspruch. Wurde z. B. die oben erwähnte Zinsklage unter Negation des Darlehens oder der Zinspflicht abgewiesen, so kann weder der Darlehensklage noch der Klage auf einen anderen Jahreszins die exc. rei iud. entgegengehalten werden. Wurde die a. neg. abgewiesen, weil der Kläger nicht Eigentümer sei, so kann der gegen denselben Beklagten erhobenen rei vind. nicht die exc. rei iud. entgegengesetzt werden. — Wenn eine Forderung auf vertretbare Sachen als nicht individualisierter Teil einer dem Kläger zustehenden größeren Forderung eingeklagt und die Klage als unbegründet abgewiesen wird, so ist damit rechtskräftig entschieden, daß der Kläger überhaupt keine Forderung aus diesem Rechtsgrunde gegen den Beklagten hat. Z. B. Kläger behauptet, daß er fällige 1000 ℳ aus einem Darlehen zu fordern habe, und beantragt den Beklagten einstweilen in 100 zu verurteilen. Das die Klage als unbegründet abweisende Urteil verneint rechtskräftig die Darlehensforderung von 1000. [Vgl. v. Bülow N. 1, Hellmann II S. 163, Fitting Ztschr. f. d. CPr. II S. 270 u. Lehrb. (7) § 76 N. 9, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 51, Zitelmann eod. VIII S. 264 ff., Muskat eod. XII S. 347 f., Wach Handb. I S. 371, R. Schmidt Klagänderung S. 234 ff., Windscheid Pand. (7) I § 130 N. 13. AM. Struckm. Koch N. 4. Wilm. Levy N. 3 u. 4, Gaupp I S. 396, Petersen (2) S. 495, v. Sarwey I S. 448, Endemann II S. 159, Planck I S. 260 N. 25, Herzog, Schwalbach a. a. O. Dernburg preuß. PrR. I § 137 N. 12 und bei compensando geltend gemachter Forderung auch RG. 9. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 87 S. 356 sowie Kohler Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 397 ff. u. Ges. Beitr. S. 452 ff.] — Über die Tragweite der im Feststellungsprozesse ergehenden Urteile vgl. Bem. Nr. 10 zu § 231.

c) Die der Rechtskraft fähige Entscheidung soll als Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) ausgesprochen werden. In den Entwürfen (nordd. Entw. § 359, Entw. I § 268, II § 278, III § 283) war gesagt: „Die Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urteilsformel aufgenommen ist." Dieser Satz wurde von der JK. d. RT. gestrichen. Aus der Debatte ist zu entnehmen, daß die Kommission beabsichtigte, durch den Abstrich die Rechtskraft auf den von den Entscheidungsgründen äußerlich zu trennenden dispositiven Teil des Urteils — die Urteilsformel — zu beschränken. [Wach Vortr. S. 108 erachtet es für zweifelhaft, ob die Majorität der Kommission diese Absicht hatte. Dagegen bestätigen die Komm.Mitglieder Struckmann und Gaupp in ihren Kommentaren, daß diese Absicht vorlag.] Eine andere Frage ist, ob diese Absicht der JK. d. RT. durch den Abstrich erreicht ist. Zweifellos ist das nicht. Erwägt man jedoch, daß § 293 im wesentlichen die in der preuß. und franz. Praxis herrschend gewordene Theorie über den Umfang der Rechtskraft zum Ausdrucke bringen soll (s. d. o. cit. Mot.), daß diese Praxis die Rechtskraft auf die in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidungen beschränkte, daß diese formalistische Behandlung im Gesetze nicht mehr wie in den Entwürfen abgelehnt

Digitized by Google

ist, daß ohne Sonderung der der Rechtskraft fähigen Entscheidung von den Entscheidungsgründen es stets mehr oder weniger zweifelhaft bleibt, wie weit das Gericht eine Entscheidung über Ansprüche (in dem oben erörterten Sinne) erlassen wollte — so wird man die vorgetragene Auslegung des Gesetzes ganz abgesehen von der Absicht der JK. d. RT. für gerechtfertigt halten. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 596 f. Petersen (2) S. 494, Endemann II S. 137, v. Sarwey I S. 447, Hellmann Komm. II S. 162, v. Bülow N. 3, Fitting Lehrb. (7) S. 493, Kroll Klage u. Einrede S. 310, bay. ob. LG. SA. XL Nr. 66. AM. A. Förster N. 3, Wach Vortr. S. 108, Dernburg preuß. PrR. § 137 N. 7, Freudenstein a. a. O. S. 82, Klöppel a. a. O. S. 32, Krüger a. a. O. S. 14 f., Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. (3) S. 252, Hellmann Lehrb. S. 332, Planck I S. 463, RG. 17. Apr. 1894 Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 15; vgl. a. bay. ob. LG. Bl. f. RA. XLIX S. 278.] Natürlich ist zum richtigen Verständnisse der in der Urteilsformel enthaltenen Entscheidung die Heranziehung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe notwendig. Nicht die tote Formel, sondern der in der Formel enthaltene Gedanke, der mit Hülfe der Gründe zu ermitteln ist, ist Träger der Rechtskraft [vgl. Wetzell Syst. S. 596, RG. 4. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 44 S. 214]; aber die Aufnahme der Entscheidung in die Formel ist das äußerliche Kennzeichen der Entscheidung. Hieraus folgt: α) Ist die Entscheidung über einen Teil des Streitgegenstandes in den Gründen statt in der Urteilsformel enthalten, — z. B. es ist ein Teil des erhobenen Anspruchs dem Kläger zuerkannt, über den anderen Teil ist in der Formel nichts gesagt, wohl aber geht aus den Gründen hervor, daß der andere Teil aberkannt sein soll, oder: das Gericht unterläßt, die Entscheidung über ein präjudizielles Rechtsverhältnis, obwohl Antrag nach § 253 gestellt ist, in der Formel zu geben — so haben die Parteien die Befugnis, die Ergänzung des Urteils durch nachträgliche Aufnahme der Entscheidung in den Tenor gemäß § 292 zu beantragen. Versäumen sie die Frist des § 292, so ist die Ergänzung nicht mehr zu erreichen. Die nur in den Gründen enthaltene Entscheidung ist der Rechtskraft unfähig. [AM. des o. cit. U. d. RG. Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 15.] β) Ist in der Urteilsformel ein Teil des erhobenen Anspruchs zuerkannt, der Rest aber nicht erwähnt und lassen die Entscheidungsgründe die Absicht der Abweisung des Restanspruchs nicht ersehen, so ist der Restanspruch nicht aberkannt, sondern es liegt ein Teilurteil vor [RG. 1. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 110 S. 390]. γ) Ist über einen Anspruch oder ein Rechtsverhältnis, bezüglich dessen nicht Klage, Widerklage oder Feststellungsantrag nach § 253 erhoben ist, im Tenor des Urteils entschieden, so liegt eine Verletzung des § 293, nach Umständen auch des § 279, vor, um deren willen Berufung oder Revision begründet ist. Sollte aber das Urteil formell rechtskräftig werden, so würde dessen objektive Rechtskraft sich auch auf die unrichtiger Weise in den Tenor gesetzte Entscheidung erstrecken.

4. Zu Abs. 2: Litteratur Schollmeyer Kompensationseinrede, Kohler Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 397 ff. — Von der Regel des Abs. 1, daß nur die Entscheidung über die durch Klage, Widerklage oder Inzidentantrag (§ 253) zum Gegenstande des Rechtsstreits gewordenen Ansprüche und Rechtsverhältnisse der Rechtskraft fähig sei, enthält Abs. 2 eine Ausnahme bezüglich der durch Einrede zum Zwecke der Aufrechnung (Kompensation) geltend gemachten Gegenforderung. Diese Ausnahme darf nicht auf andere zur Einrede benützte Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, z. B. Retentionsrecht, Pfandrecht, Mietverhältnis ꝛc. ausgedehnt werden. [Vgl. RG. 25. Juni 1891 SA. XLVIII Nr. 146.] Die Ausnahme bezieht sich auch nur auf den Fall, daß über die zur Aufrechnung geltend gemachte Gegenforderung eine Entscheidung gegeben wird. Wird über die Gegenforderung nicht entschieden, weil die Aufrechnung nach dem materiellen Rechte unzulässig ist oder

Digitized by Google

weil die eingeklagte Forderung aberkannt wird und es daher gar nicht zur Aufrechnung kommen kann, so liegt bezüglich der Gegenforderung keine der Rechtskraft fähige Entscheidung vor. Ebenso wenn die erst in der Berufungsinstanz zur Aufrechnung geltend gemachte Forderung wegen Mangels der Voraussetzungen des § 491 Abs. 2 zurückgewiesen wird.

Einzelnes: Wird die Aufrechnung als zulässig und die Gegenforderung als zu Recht bestehend erkannt, demgemäß im Urteilstenor die eingeklagte Forderung um den Betrag der Gegenforderung gekürzt oder abgewiesen, so ist die Entscheidung über die Gegenforderung der Rechtskraft nur fähig pro concurrente summa. Ob ein noch größerer Betrag als der zur Aufrechnung verwendete zu Recht besteht, darüber kann, ohne daß Widerklage erhoben ist, nicht rechtskräftig entschieden werden. Z. B.: Wird einer begründeten Forderung von 1000 gegenüber eine Gegenforderung von 1500 einredeweise (nicht mit Widerklage!) geltend gemacht und als begründet erkannt, so wird bloß der Betrag von 1000 von der Rechtskraft erfaßt; ob der Beklagte mehr als 1000 zu fordern hatte, darüber ist nicht rechtskräftig entschieden. Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen zur Aufrechnung entgegengestellt werden; die Rechtskraft tritt nur ein bezüglich derjenigen Posten und Beträge, die nach dem Urteile zur Aufrechnung zugelassen und verbraucht werden. b) Wird entschieden, daß die zur Aufrechnung geltend gemachte einheitliche Gegenforderung nicht zu Recht bestehe, so ist die Gegenforderung zu ihrem ganzen Betrage rechtskräftig abgewiesen. Die Gründe sind dieselben, die für die in Bem. Nr. 3 litt. b vorgetragene Ansicht über Aberkennung des eingeklagten Teils einer Forderung sprechen [Litteratur s. Bem. Nr. 3 litt. b, dazu Schollmeyer Komp.Einr. S. 117 ff. u. Arch. f. c. Pr. LXXVI S. 488 ff., der unterscheidet, ob der Kompensant die ganze Summe einsetzen wollte oder nicht. Nur in jenem Falle erkennt Sch. die Rechtskraft der die Gegenforderung abweisenden Entscheidung für den ganzen Betrag an. Aber liegt denn nicht in dem Kompensationsbegehren stets die successive Nachschiebung aller Teile der Gegenforderung, solange nicht einzelne Teile individualisiert sind?] Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen successive oder im Eventualverhältnisse nach einander zur Aufrechnung geltend gemacht und sämtlich aberkannt werden. c) Wird die zur Aufrechnung geltend gemachte einheitliche Gegenforderung teilweise zu- und teilweise aberkannt, so ergreift die Rechtskraft der aberkennenden Entscheidung den ganzen Mehrbetrag. Entsprechend verhält es sich, wenn mehrere individualisierte Gegenforderungen successive oder im Eventualverhältnisse nach einander geltend gemacht und teilweise aberkannt, teilweise zur Aufrechnung verwendet werden. d) Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung erfolgt nur implicite in der Urteilsformel; ausgeführt wird sie in den Entscheidungsgründen. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 598, Petersen (2) S. 495, Schollmeyer a. a. O. S. 128, Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. (3) S. 252.] Erfolgt die Entscheidung über die Einrede in einem Zwischenurteile (§ 275), so tritt gleichwohl die Rechtskraft erst mit dem Endurteile ein. [So auch Schollmeyer a. a. O. S. 127 gegen Wach Vortr. S. 110.]

5. Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft sind aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Vgl. besonders Wetzell Syst. § 47, Windscheid Pand. I §§ 130—132, Dernburg Pand. I §§ 162, 164, O. Bülow Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 1 ff.; ferner Entw. I e. BGB. §§ 190—192, Entw. II Anm. zu § 195. Die sog. Einrede der abgeurteilten Sache besteht nur für dieselbe Streitsache (eadem res, eadem quaestio), worüber schon entschieden ist. Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder des thatsächlichen Vorbringens ohne neuen Klagegrund schließt die Einrede nicht aus. Gegenüber einer Klage mit neuem

Digitized by Google

Klagegrunde steht die Einrede nicht zu. Die Einrede der abgeurteilten Sache steht nur zu und kann nur entgegengesetzt werden den Parteien und denjenigen Personen, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger der Parteien geworden oder durch sog. konstitutive Succession Rechte von den Parteien erworben haben, sofern die Rechte des Nachfolgers von denen des Vorgängers abhängen. Nach Pandektenrecht galt das Urteil gegen Rechtsnachfolger nur, wenn die Rechtsnachfolge nach dem Urteile lag. Das ist durch § 236 der CPr. geändert. — Ausnahmsweise erstreckt sich die Rechtskraft auf Dritte. Wegen dieser Fälle vgl. Windscheid Pand. I § 132, v. Savigny Syst. VI S. 470 ff., Wetzell Syst. § 47 Nr. 28—31, Binder die subjekt. Grenzen der Rechtskraft (Leipzig 1895), ferner die Citate in Bem. Nr. 3 Ziff. III litt. a zu CPrO. § 63 (S. 100).

6. Die Wirkung der Rechtskraft dauert, solange das rechtskräftige Urteil besteht. Wird das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 541 ff.) beseitigt, so ist jene Wirkung zu Ende.

7. Die Vorschriften der CPrO. über die Rechtskraft beziehen sich nicht auf die nach dem früheren Prozeßrechte ergangenen Urteile [RG. Entsch. III Nr. 79 S. 290, V Nr. 81 S. 337, VI Nr. 129 S. 415, OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 244]. Über die Rechtskraft ausländischer Urteile s. Bem. Nr. 8 zu § 661.

§ 294.

Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§ 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

Mot. S. 228. KPr. S. 108, 547.

1. Litteratur: H. Meyer die Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen (1882), Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 149 ff., Petersen eod. VIII S. 418 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXX S. 134 f., Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 2 ff.

2. Über den Unterschied von Urteilen, Beschlüssen, Verfügungen s. Bem. Nr. 1 vor § 272.

3. Beschlüsse, die auf Grund einer, wenn auch nur fakultativen (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), mündlichen Verhandlung ergehen, müssen verkündet werden. Beschlüsse, die nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, sind von Amtswegen beiden Parteien in Ausfertigung [RG. 11. Jan. 1881 Entsch. III S. 376] zuzustellen. Diese Regel erleidet Ausnahmen: a) Der Beschluß nach § 37 ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen. b) Die in Bem. Nr. 1 litt. b, c zu § 117 erwähnten Beschlüsse sind nur einer Partei zuzustellen. c) Der Beschluß über das Gesuch um öffentliche Zustellung (§ 187) ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen. d) Desgleichen der nachträgliche Beschluß über die Einspruchsfrist (§ 304 Abs. 2); s. Bem. Nr. 3 zu § 304. e) Ebenso ist der Beschluß über das Gesuch um Beweiserhebung z. ew. Gedächtnis nur dem Gesuchsteller zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 zu § 451. f) Der Zahlungsbefehl, der Vollstreckungsbefehl und der Pfändungsbeschluß sind keiner der Parteien von Amtswegen zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 zu § 633, Bem. Nr. 6 zu § 639, Bem. Nr. 1 litt. d zu § 730. g) Der Beschluß, worin ein Arrestbefehl oder eine einstweilige

Digitized by Google

Verfügung erlassen wird, ist von Amtswegen dem Gesuchsteller, nicht dem Gegner, zuzustellen; s. Bem. Nr. 1 Ziff. I Abs. 2 zu §§ 801, 802. b) Der Beschluß, wodurch ein Gesuch um Arrest oder einstweilige Verfügung zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist nur dem Gesuchsteller zuzustellen (§§ 802 Abs. 3, 815). i) Auch in anderen Fällen, in denen der Gegner des Gesuchstellers kein Interesse hat, die Zurückweisung eines Gesuches zu erfahren, z. B. bei Zurückweisung eines Gesuchs um Kostenfestsetzung (s. Bem. Nr. 2 zu § 99), eines Gesuchs um Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 160), bei Zurückweisung von Gesuchen im Vollstreckungsverfahren ꝛc., ist nur die Zustellung an den Gesuchsteller, nicht an den Gegner, erforderlich. [Vgl. RG. Entsch. XI Nr. 106 S. 404.]

4. Verkündete Verfügungen des Vorsitzenden, des beauftragten oder ersuchten Richters bedürfen nicht der Zustellung. Nicht verkündete Verfügungen sind von Amtswegen beiden Parteien zuzustellen. Ausnahmen: a) Die Terminsbestimmungen auf Parteiantrag (s. Bem. Nr. 4 zu § 193), ferner die Verfügungen nach §§ 204 Abs. 3, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 234 Abs. 2 sind nicht von Amtswegen zuzustellen; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 193. b) Verfügungen, wodurch Gesuche abgelehnt werden, sind nur dem Gesuchsteller zuzustellen. — Im Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 30 Abs. 1, 2 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

Dritter Titel.
Versäumnisurteil.

Litteratur: H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 305 ff., F. Troll das Versäumnisurteil nach der RCPrO. (München 1887), v. Canstein die Grundlagen des Kontumazialrechts Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 1 ff., Wach das Versäumnisurteil Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 1 ff. Rechtsvergleichende und geschichtliche Ausführungen über Kontumazialverfahren s. Kohler Forschungen S. 1 ff. und Arch. f. c. Pr. LXXX S. 196 ff.

1. Dieser Titel handelt von den Folgen gänzlicher Versäumnis eines zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termins und von dem Rechtsbehelfe der säumigen Partei gegen die Folgen solcher Versäumnis. Das System des Gesetzes stimmt weder mit dem früheren gemeinen, noch mit dem französischen, noch mit einem der partikularen Prozeßrechte vollständig überein. Die Grundzüge sind:

a) Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung von Seite des Klägers hat zur Folge dessen Abweisung mit der Klage. Eine sachliche Prüfung der Klage findet nicht statt. Das Urteil hat materielle Rechtskraft (§ 295).

b) Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung von Seite des Beklagten hat zur Folge, daß die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Thatsachen als „zugestanden" angenommen werden, genauer: daß jene Thatsachen des Beweises nicht bedürfen [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 27 ff., Wach Ztschr. f. pr. u. ö. R. VI S. 515 ff., Arch. f. c. Pr. LXII S. 373 ff.], und daß auf Grundlage dieser Thatsachen geurteilt wird (§ 296).

c) Gemäß dem Grundsatze der Einheit mehrerer mündlicher Verhandlungen (s. Bem. Nr. 4 zu § 119) treten die Folgen der Versäumnis nicht bloß in dem ersten, sondern in jedem folgenden Termine zur mündlichen Verhandlung ein (§ 297).

d) Als Rechtsbehelf gegen die Folgen der gänzlichen Versäumung der Verhandlung gewährt das Gesetz der säumig gewesenen Partei den Einspruch. Mit zwei Ausnahmen (§§ 216 Abs. 2 und 310) ist der Einspruch wider alle Versäumnisurteile (§§ 295, 296, 297, 312, 144, 217, 218, 223, 318, 430, 504, 529, 563, 578, 640, 767) zulässig. Er

Digitized by Google

ist unabhängig von Angabe und Nachweis einer Verhinderungsursache und versetzt den Prozeß in diejenige Lage zurück, in der er sich vor Eintritt der Versäumung befand (§§ 303, 305, 307). Bei Gewährung einer so leichten und umfassenden Abhülfe haben die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumnisurteil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung. Erst wenn der Einspruch nicht erhoben wird, nehmen sie einen definitiven Charakter an. Ein Erscheinungszwang kann aus den Versäumnisfolgen nicht deduziert werden; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 129, wo auch die Litteratur angegeben ist.

2. Über das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz s. § 504, in der Revisionsinstanz s. Bem. Nr. 2 zu § 520, im Urkundenprozesse s. Bem. Nr. 1 litt. a, 2 litt. b zu § 560, im Eheprozesse s. § 578, im Entmündigungsverfahren s. § 611. Über das Versäumnisverfahren vor den Gewerbegerichten s. §§ 37 Abs. 1 und 2, 38, 41, 42 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

§ 295.

Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

Mot. S. 228–233. KPr. S. 109, 112, 119–123, 547, 667, 668.

1. Termin zur mündlichen Verhandlung s. § 297. Im Anwaltsprozesse ist die ohne Anwalt zum Termine gekommene Partei nicht erschienen. Wegen des Erscheinens eines von mehreren Streitgenossen s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 58 und Bem. Nr. 4 litt. a zu § 59. Wegen des Zeitpunktes, in dem der Termin versäumt ist, s. Bem. Nr. 2 zu § 197.

2. Beantragt der Beklagte das Versäumnisurteil gegen den Kläger, so hat das Gericht zu prüfen, ob der Termin ein Termin zur mündlichen Verhandlung ist (vgl. § 297) und ob der Kläger in dem Termine nicht erschienen ist oder nicht verhandelt hat (vgl. § 298). Ergiebt sich dabei, daß der Termin kein Termin zur mündlichen Verhandlung ist oder daß der Kläger erschienen ist und verhandelt hat, so ist der Antrag des Beklagten durch Beschluß zurückzuweisen. Dagegen findet sofortige Beschwerde statt (§ 301). Ferner hat das Gericht zu prüfen, ob nicht der Antrag auf Versäumnisurteil gemäß § 300 Nr. 1 oder 2 zurückzuweisen und ob nicht die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils gemäß § 302 zu vertagen sei. Ist weder zum Verfahren nach § 300 noch zum Verfahren nach § 302 Anlaß gegeben, so ist das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

Nach dem früheren gemeinen Prozeßrechte wurde bei Ausbleiben des Klägers im ersten Termine der Beklagte von der Instanz und dem Gerichtsstande oder von der Ladung ledig erkannt (RGO. v. 1495 tit. 18, vgl. v. 1523 tit. 6 § 1, vgl. v. 1555 III, 22 §§ 1, 2); zur Sache wurde nicht geurteilt; das Versäumnisurteil begründete nicht die Einrede der abgeurteilten Sache, es stand neuer Klage nicht im Wege. Anders und zwar für den Kläger ungünstiger ist die Versäumniswirkung des neuen Prozeßrechts. Es wird in der Sache selbst zu Gunsten des Beklagten erkannt; aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil erwächst die Einrede der abgeurteilten Sache [RG. 13. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 120 S. 397, 4. Mai 1889 SA. XLIV Nr. 227]. In den Motiven S. 229 ist davon die Rede, das Gericht müsse auf Antrag des Beklagten annehmen, daß der Kläger seinen Anspruch nicht aufrecht halten wolle. Richtig ist, daß das Urteil lautet wie im Verzichtsfalle (§ 277). Aber von einem Verzichte ist gleichwohl nicht die Rede. Die Rechtsfolge der Abweisung tritt kraft Gesetzes ein, ohne durch die Fiktion eines Verzichts vermittelt

Digitized by Google

zu sein. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 29, 79, Birkmeyer eod. LXVI S. 60 ff. und Ztschr. f. d. CPr. VII S. 402 N. 240, Troll Vers.Urt. S. 95. Abw. Gaupp I S. 604 f. bei N. 7.]

Daraus, daß das Versäumnisurteil wider den Kläger ein Urteil zur Hauptsache ist, folgt, daß es nicht erlassen werden kann, wenn die von Amtswegen zu beachtenden Voraussetzungen für die Erlassung eines Urteils zur Hauptsache fehlen. Solche Voraussetzungen sind Klagerhebung, Prozeßfähigkeit der Parteien und gesetzliche Vertretung, Zulässigkeit des Rechtswegs, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts, insoweit die Bestimmungen über ausschließliche Zuständigkeit eingreifen. Wenn das Vorhandensein dieser Voraussetzungen nicht nachgewiesen ist, aber möglicherweise noch nachgewiesen werden kann, so ist nur der Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen (§ 300 Nr. 1). Steht dagegen nach Ansicht des Gerichts fest, daß ein Mangel in jenen Voraussetzungen vorhanden ist, so ist nicht der Antrag auf Versäumnisurteil, sondern die Klage ohne Entscheidung über die Hauptsache durch ein sich als absolutio ab instantia kennzeichnendes Urteil zurückzuweisen; vgl. Bem. 4 Abs. 2 zu § 300. [Zustimmend Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 5, Petersen (2) S. 504, Wach Vortr. S. 132 ff., Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 715 f. u. XXXVI S. 1 ff., bes. S. 24 f., Fitting Lehrb. 7. Aufl. § 78, Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 231 ff., Osterloh eod. III S. 61, Birkmeyer eod. VII S. 428; vgl. a. Troll Vers.Urt. S. 41. AM. Gaupp I S. 605, Hellmann Komm. II S. 169, v. Sarwey I S. 452, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 335 f. Der gegen die hier vertretene Ansicht von Gaupp u. a. erhobene Einwand, daß die Klage dem Gerichte nicht vorgetragen werde, ist nicht stichhaltig. Das Gericht muß zur Anfertigung des Thatbestandes den Inhalt der Klageschrift kennen; aus jedem Versäumnisurteile muß ersichtlich sein, welche Klage abgewiesen wird, sonst wäre die Einrede der abgeurteilten Sache daraus gar nicht zu begründen.] Das Urteil, das die Klage wegen Mangels der Prozeßvoraussetzungen abweist, ist kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf Versäumnisfolgen beruht; daher ist es nicht mit Einspruch, sondern mit Berufung oder Revision anfechtbar. [Von den oben angeführten Schriftstellern, die anerkennen, daß bei Versäumnis des Klägers eine absolutio ab inst. möglich ist, teilen Struckm. Koch, Wilm. Levy, Wach, Bolgiano, Birkmeyer und Troll die hier vorgetragene Ansicht, wogegen Petersen und Fitting die absolutio ab inst. als ein mit Einspruch anfechtbares Vers.Urteil betrachten. Auch das RG. 6. Dez. 1889 Entsch. XXIV Nr. 97 S. 433 ff. nimmt eine durch Einspruch anfechtbare absolutio ab inst. an; vgl. a. Entsch. VI S. 367, XII S. 365.]

3. Beantragt der Beklagte die Erlassung des Versäumnisurteils nur bezüglich eines von mehreren in der Klage erhobenen Ansprüchen oder bezüglich des Teils eines Anspruchs, so ist das Versäumnisurteil entsprechend zu beschränken. Im übrigen ruht das Verfahren. Ein Anerkenntnis bezüglich des restigen Anspruchs ist zu protokollieren. Ein Versäumnisurteil auf Abweisung der Klage „zur Zeit" giebt es nicht. Würde der Antrag auf Abweisung der Klage „zur Zeit" gestellt, so wäre der Antrag als unzulässig abzuweisen, ein Versäumnisurteil aber könnte wegen Mangels eines Antrags auf ein solches nicht erlassen werden. [Vgl. Troll Vers.Urt. S. 94 gegen Bolgiano Handb. S. 430 N. 12a u. Ztschr. f. d. CPr. V S. 239.] — Wegen Vertagung s. Bem. Nr. 1 a. E. und 2 zu § 300.

4. Der Beklagte kann, anstatt ein Versäumnisurteil zu beantragen, prozessualische Einwendungen geltend machen und auf Grund deren die Abweisung der Klage durch absolutio ab instantia ohne Sachurteil beantragen. Das diesem Antrage stattgebende Urteil ist, weil es nicht auf einer Versäumnisfolge beruht, kein (durch Einspruch anfechtbares)

Digitized by Google

Versäumnisurteil [vgl. die Citate a. E. der Bem. Nr. 2. Das RG. Entsch. XXIV Nr. 97 S. 433 ist anderer Ansicht].

Durch den Antrag des Beklagten auf Erlassung des Versäumnisurteils ist ihm die Befugnis nicht abgeschnitten, in einem späteren Termine, auf den die Verhandlung gemäß § 300 oder § 302 vertagt wird, oder in der Einspruchsverhandlung prozeßhindernde Einreden, insbesondere auch die Einrede der Unzuständigkeit, vorzubringen und auf Grund solcher Einreden oder einer laudatio auctoris (§ 73) die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern; ebenso kann der Kläger trotz jenem Antrage bis zum Versäumnisurteile und dann wieder nach Einlegung des Einspruchs die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurücknehmen. Für die Termine vor dem Urteile sind die bezeichneten Befugnisse nicht präkludiert, weil der Antrag auf Versäumnisurteil nur für den nichteingetretenen Fall der bis zum Urteile fortdauernden Versäumnis gestellt ist. Für die Einspruchsverhandlung aber ist die Präklusion beseitigt, weil der zulässige Einspruch den Prozeß in die Lage zurückversetzt, worin er sich vor Eintritt der Versäumnis, d. i. vor dem Antrage, befand (s. Bem. Nr. 1 zu § 307). [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 307, Wilm. Levy N. 3 zu § 295, Gaupp I S. 604, Troll Vers.Urt. S. 68 f., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 335. AM. Schneider Arch. f. c. Pr. LIV S. 420 ff., Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 16 f. u. Arch. f. c. Pr. LXVI S. 262, Birkmeyer eod. S. 60 ff., Hellmann Lehrb. S. 648. Unentschieden Wach Handb. I S. 509.] Nicht anders ist die Frage zu beurteilen, ob der Beklagte, nachdem er bezüglich einer geänderten Klage das Versäumnisurteil beantragt hat, noch der Klageänderung widersprechen kann [aM. Troll a. a. O. S. 71 N. 1]. Dagegen bewirkt der Antrag auf Versäumnisurteil die definitive Präklusion der Befugnis, den Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (§ 43).

5. Bei Klage auf Nichtigkeit einer Ehe (s. § 592) und bei Klagen auf Anfechtung (§ 605) oder Aufhebung (§ 620) einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit kann das Versäumnisurteil gegen den Kläger nicht die regelmäßige Wirkung eines zur Hauptsache entscheidenden Urteils haben, weil der Gegenstand des Prozesses hier der Verfügung des Klägers nicht unterliegt. Sowenig wie durch Verzicht kann der Kläger durch Ausbleiben bewirken, daß in der Sache selbst zu Gunsten des Beklagten geurteilt werde. Zwar ist auf Antrag des Beklagten das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß die Klage abgewiesen werde; aber dieses Urteil ist kein Urteil über die Sache, sondern gleicht dem Urteile, das die Zurücknahme der Klage ausspricht; es steht also der Erneuerung der Klage nicht entgegen. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 585, sowie Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 § 589a und Mot. dazu S. 83. AM. einerseits Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 423 ff., der in diesen Fällen kein Versäumnisurteil, andererseits Troll a. a. O. S. 101, der ein Versäumnisurteil mit normaler Wirkung zuläßt.]

6. Wegen Anwendung des § 295 auf die Widerklage s. Bem. Nr. 1 zu § 312.

§ 296.

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

Mot. S. 228—233. KPr. S. 112—114, 547.

1. Bem. Nr. 1 zu § 295 findet hieher entsprechende Anwendung.

2. Beantragt der Kläger das Versäumnisurteil gegen den Beklagten, so hat das

Digitized by Google

Gericht zu prüfen, ob der Termin ein Termin zur mündlichen Verhandlung ist (vgl. § 297) und ob der Beklagte in dem Termine nicht erschienen ist oder nicht verhandelt hat (vgl. § 298). Ergiebt sich dabei, daß der Termin kein Termin zur mündlichen Verhandlung ist oder daß der Beklagte erschienen ist und verhandelt hat, so ist der Antrag des Klägers durch Beschluß zurückzuweisen. Dagegen findet sofortige Beschwerde statt (§ 301). Ferner hat das Gericht zu prüfen, ob nicht der Antrag auf Versäumnisurteil gemäß § 300 Nr. 1—3 zurückzuweisen und ob nicht die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils gemäß § 302 zu vertagen sei. Ist weder zum Verfahren nach § 300 noch zum Verfahren nach § 302 Anlaß gegeben, so ist durch Urteil über den in der Klage erhobenen Anspruch zu entscheiden.

Diese Entscheidung ist auf Grundlage des thatsächlichen mündlichen Vorbringens des Klägers zu fällen. Die von dem Kläger zur Begründung der Klage in der mündlichen Verhandlung dem Gerichte vorgetragenen Thatsachen sind, wenn sie dem Beklagten rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt waren (§ 300 Nr. 3), nach der Ausdrucksweise des Gesetzes als zugestanden anzunehmen, d. h. sie bedürfen wie zugestandene Thatsachen nicht des Beweises, weil sie nicht bestritten sind [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 27 ff., Birkmeyer eod. LXVI S. 24 ff.]. Unter den Begriff des thatsächlichen mündlichen Vorbringens fällt auch die Behauptung, die zur Bezeichnung der thatsächlichen Vorgänge gemeinverständliche Rechtsbegriffe verwendet, z. B. die Behauptung, daß ein Kaufvertrag oder ein Mietvertrag abgeschlossen wurde. Aber auch die Behauptung von Rechtsverhältnissen, die vom Kläger als Voraussetzungen des geltend gemachten Rechts vorgebracht wurden, unterliegen der Annahme des Zugeständnisses. Behauptet z. B. der Kläger, daß das geltend gemachte Recht ihm als dem Rechtsnachfolger des X oder daß die geltend gemachte Dienstbarkeit ihm als dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zustehe, so ist die Rechtsnachfolge oder das Eigentum an dem herrschenden Grundstücke als zugestanden anzunehmen [vgl. Bem. Nr. 2 litt. f β zu § 261 sowie Petersen Ztschr. f. d. CPr. III S. 427 ff. u. Komm. (2) S. 506 f., Troll Verf.Urt. S. 104]. Die Versäumnisfolge des Gesetzes ist hiernach durchaus anders, als nach dem früheren gem. Rechte, das vom Kläger Beweis seiner Behauptungen forderte [vgl. Wetzell Syst. § 48 bei N. 62].

Das Gericht hat bezüglich der Behauptungen des Klägers, die als zugestanden anzunehmen sind, keinen Beweis zu verlangen und selbst dann, wenn unnötigerweise vom Kläger — z. B. durch Vorlage von Urkunden — Beweis angetreten ist, nicht auf eine Beweiswürdigung einzugehen, sondern nur zu prüfen, ob das thatsächliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag rechtfertigt. Daher ist bei dem Versäumnisurteile in dem Prozesse um Schadensersatz die vom Kläger behauptete Höhe des Schadens nicht Gegenstand der richterlichen Prüfung, sondern als „zugestanden" anzunehmen. [Vgl. Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 528 N. 26 u. S. 611 N. 9. AM. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1 ff., teilweise auch Stein d. private Wissen ꝛc. S. 98.] Durch Fragestellung (§ 130) kann auf die Ergänzung und nähere Ausführung jenes Vorbringens hingewirkt werden. — Erscheint der Antrag des Klägers auf Grund jenes Vorbringens vollständig begründet, so ist nach dem Antrage des Klägers zu erkennen. Dieses Urteil ist Versäumnisurteil, daher mit Einspruch anfechtbar. Erscheint der Antrag auf Grund jenes Vorbringens nicht als begründet, so ist die Klage abzuweisen. Dieses Urteil ist kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf Versäumnisfolge beruht; es ist daher nicht mit Einspruch, sondern mit Berufung anfechtbar (vgl. dazu Bem. Nr. 1 a. E. zu § 474). Erscheint der Antrag teilweise als begründet, teilweise als unbegründet, so ist teilweise nach dem Antrage zu erkennen, teilweise die Klage abzuweisen. Dieses Urteil ist in seinem ersteren Teile Versäumnisurteil, in seinem anderen abweisenden Teile aber nicht.

Digitized by Google

Das Versäumnisurteil wie das die Klage abweisende Urteil ist ein Urteil zur Hauptsache und begründet nach Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 645) die Einrede der abgeurteilten Sache. Daraus folgt, daß weder das eine noch das andere Urteil erlassen werden kann, wenn die von Amtswegen zu beachtenden Voraussetzungen für die Erlassung eines Urteils zur Hauptsache fehlen. Die Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 295 findet entsprechende Anwendung auf den Fall des § 296. Danach ist keine Entscheidung über die Hauptsache möglich, sondern absolutio ab instantia auszusprechen, wenn ein Mangel der Prozeßvoraussetzungen vorhanden ist. [Damit stimmt auch Gaupp I S. 611 überein.] Die absolutio ab instantia ist kein Versäumnisurteil, daher nicht mit Einspruch, sondern mit Berufung anfechtbar.

Von Amtswegen zu beachten ist beim Ausbleiben des Beklagten auch der Mangel der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit, der dadurch gehoben werden könnte, daß der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit zu rügen, zur Hauptsache verhandelte; denn beim Ausbleiben des Beklagten tritt keine Prorogation ein (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 39). — Bei Prüfung der Zuständigkeit ergeben sich zwei Fragen: einmal die Frage, ob die Thatsachen wahr sind, worauf die Zuständigkeit gestützt wird; zweitens die Frage, ob aus diesen Thatsachen die Zuständigkeit folgt. Es ist sicher, daß das Gericht in Abwesenheit des Beklagten stets die zweite Frage stellen muß; nicht zweifellos aber, wie sich das Gericht gegenüber den zur Begründung der Zuständigkeit vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen zu verhalten hat. Sind diese Behauptungen als zugestanden anzunehmen oder ist deren Wahrheit von Amtswegen zu prüfen? Die richtige Ansicht dürfte sein, daß diese Behauptungen, insoweit nicht für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, als zugestanden anzunehmen, daher nicht von Amtswegen auf ihre Wahrheit zu prüfen sind; daß dagegen die Annahme des Zugeständnisses nicht eintritt und Offizialprüfung der die Kompetenz begründenden Thatsachen auf ihre Wahrheit erfolgen muß, insoweit die Klage eine solche ist, für die ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Daß die Annahme des Zugeständnisses auch für die vom Kläger behaupteten, die Zuständigkeit betreffenden Thatsachen gelte, war im nordd. Entw. § 432 ausdrücklich gesagt. Dies geschah deswegen, weil der § 431 dieses Entw. die Fiktion nur für die zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen aussprach. In den späteren Entwürfen wurde die beschränkende Fassung des § 431 geändert und darum eine dem § 432 entsprechende Bestimmung für überflüssig erachtet [vgl. v. Amsberg Arch. f. c. Pr. LXV S. 70 ff.]. In der JK. d. RT. wurde versucht, die auf die Zuständigkeit bezüglichen Thatsachen von dem Präjudize des Zugeständnisses auszunehmen. Die Anträge wurden abgelehnt. Aus der Debatte geht hervor, daß die Kommission und die Vertreter der verbündeten Regierungen der Ansicht waren, wenn der Entwurf, wie das geschehen ist, unverändert bleibe, so gelte für die auf die Zuständigkeit bezüglichen Thatsachen das allgemeine Präjudiz. Im Komm.Ber. S. 12 ist dies ausdrücklich gesagt. [Die Äußerung des Kgl. Württemb. Bevollmächtigten, KPr. S. 113, die Prorogation annimmt, ist ein offenbarer, von den Mitgliedern der Kommission sofort zurückgewiesener Irrtum; vgl. Gaupp I S. 610 N. 7, v. Amsberg a. a. O. S. 74.] Es ist daher anzunehmen, daß die Erstreckung des fingierten Zugeständnisses auf jene Thatsachen der Absicht aller bei der Gesetzesabfassung Beteiligten entspricht. Dieses Ergebnis steht auch mit der Behandlung, die die Zuständigkeit im Gesetze gefunden hat, im Einklange. Wo keine ausschließliche Zuständigkeit in Frage kommt, giebt das Gesetz die Zuständigkeit der Verfügung der Parteien preis, weil kein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Zuständigkeitsregeln besteht (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 39). Daher keine Offizialprüfung der Behauptungen über die kompetenzbegründenden Thatsachen. Wo dagegen eine ausschließliche Zuständigkeit in Frage

Digitized by Google

kommt, können die Parteien nicht verfügen; folglich kann auch kein Zugeständnis und keine Geständnisfiktion das Gericht von der Offizialprüfung abhalten. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 609 f., Petersen (2) S. 506, A. Förster N. 2e, v. Amsberg Arch. f. CPr. LXV S. 70 ff., Renaud Ztschr. f. d. CPr. V S. 44, Just Arch. f. d. CPr. LXVIII S. 306 ff., Hellmann Lehrb. S. 631, Troll Verf.Urt. S. 113 ff., Deybeck der Gerichtsstand der Vereinbarung S. 219 ff., RG. 26. Mai 1880 Entsch. I Nr. 158 S. 443. AM. einerseits Wach Arch. f. c. Pr. LXII W. 394, LXIII S. 236 f., der die „Zuständigkeit" als zugestanden betrachtet, vgl. dagegen dessen Handb. I S. 507, wo die dieser Ansicht zu Grunde liegende irrige Auslegung des § 39 aufgegeben ist — andererseits Birkmeyer das gegenseitige Verhältnis ꝛc. S. 70 ff., Ztschr. f. d. CPr. V S. 136 ff., VII S. 407 ff., 488 ff., Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 395 und Arch. f. c. Pr. LXX S. 241 ff., die die Geständnisfiktion bei den Kompetenzthatsachen ausschließen. Da diese Schriftsteller zugeben, daß das Gericht nur bei offenbar unwahren Kompetenzbehauptungen die Zuständigkeit ablehnen wird, so führt deren Ansicht in der Praxis kaum jemals zu einem anderen Ergebnisse, als die oben vertretene.]

3. Beantragt der Kläger die Erlassung des Versäumnisurteils nur bezüglich eines von mehreren in der Klage erhobenen Ansprüchen oder bezüglich eines Teils eines Anspruchs, so ist das Versäumnisurteil entsprechend zu beschränken. Soweit kein Antrag gestellt wird, ruht das Verfahren. Ein etwaiger Verzicht ist zu protokollieren. — Wegen Vertagung s. Bem. Nr. 1, 2 zu § 300.

4. Über Unzulässigkeit der Klagänderung beim Ausbleiben des Beklagten s. Nr. 3 zu § 241. In Abwesenheit des Beklagten kann der Kläger keine Präjudizialinzidentklage erheben (s. Bem. Nr. 5 litt. b zu § 253). Zu einem Versäumnisurteile in Bezug auf eine Inzidentklage kann es daher nur kommen, wenn eine solche Klage in einer früheren zweiseitigen Verhandlung erhoben war.

5. Über Anwendung des § 296 auf die Widerklage s. Bem. Nr. 1 zu § 312.

6. In Ehe- und Entmündigungsprozessen ist § 296 nicht anwendbar (§§ 578, 611, 620, 624, 626).

§ 297.

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

Mot. S. 228—233. KPr. S. 114, 547.

1. Die Vorschrift des § 297 folgt aus dem zu § 119 Bem. Nr. 4 litt. c erörterten Grundsatze der Einheit aller mündlichen Verhandlungen. Da die letzte mündliche Verhandlung vor dem Urteile maßgebend ist, so treten die Folgen der Versäumnis gleichmäßig in jedem Termine zur mündlichen Verhandlung ein. Anders das franz. Recht und die bay. PrO. v. 1869, wonach durch Verlesen der conclusions motivées die Verhandlung kontradiktorisch wird; wieder anders die hann. PrO. §§ 239, 367—370, der hann. Entw. §§ 274—276, 305 und der nordd. Entw. §§ 430—439, 450—454, wonach ein Versäumnisurteil nur bis zum Erlasse des Beweisurteils oder Beweisbeschlusses möglich war.

2. Tritt in dem Termine, auf den die mündliche Verhandlung vertagt oder der zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt ist, der Fall der Terminsversäumnis ein, so ist auf Antrag der erschienenen Partei das Versäumnisurteil nach § 295 oder nach § 296 zu erlassen, soweit der Prozeß nicht durch bedingtes oder unbedingtes Teilurteil entschieden ist. Die Ergebnisse einer früheren zweiseitigen Verhandlung (auch die Geständnisse), die

Digitized by Google

Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen sowie Zwischenurteile (§§ 248, 275, 276) und das Vorbehaltsurteil nach § 502 bleiben bei Erlassung des Versäumnisurteils außer Betracht; sie werden erst wieder bedeutsam, wenn durch Einspruch der Prozeß in die Lage zurückversetzt ist, worin er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 307). Immerhin behalten Zwischenurteile und Vorbehaltsurteile auch für die auf Grund einseitiger Verhandlung ergehende Entscheidung insofern bindende Kraft (§ 289), als das Gericht keine absolutio ab instantia und kein die Klage als unschlüssig (s. Schlußsatz des § 296 Abs. 2) abweisendes Urteil erlassen darf, wenn es sich dadurch mit dem früheren Urteile in Widerspruch setzen würde. Hatte z. B. das Gericht die sog. Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Einrede der Unzuständigkeit durch Zwischenurteil verworfen oder die Zulässigkeit des Einspruchs festgestellt, so darf es nicht auf Grund späterer einseitiger Verhandlung die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs oder wegen Unzuständigkeit abweisen oder den Einspruch wegen formeller Mängel als unzulässig verwerfen. Oder hatte das Gericht durch Zwischenurteil nach § 276 festgestellt, daß der Anspruch dem Grunde nach zu Recht bestehe, oder den Beklagten mit Vorbehalt der Rechte nach § 502 verurteilt, so darf es nicht nach späterer einseitiger Verhandlung die Klage wegen Unschlüssigkeit abweisen. [Vgl. hierzu Troll Vers.Urt. S. 24 ff., 131 f., 189 f., 248 ff. Verfehlt ist die Ansicht von Hellmann Lehrb. S. 615 f., daß nach Erlaß eines Zwischenurteils ein Versäumnisverfahren überhaupt ausgeschlossen sei. Dagegen Troll a. a. O. S. 26.]

Über die Versäumnis eines Termins nach Verzicht oder Anerkenntnis s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 277, Bem. Nr. 3 litt. a zu § 278 und Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 20 ff.

Nachdem ein bedingtes Endurteil (§§ 427, 439 Abs. 3) erlassen ist, kann ein Versäumnisurteil nach § 295 oder § 296 nicht mehr erlassen werden. Das bedingte Endurteil tritt nicht bloß seiner Form, sondern seinem Inhalte nach in Gegensatz zu der Beweisanordnung durch Beschluß. Es darf nicht als eine sich bloß durch die selbständige Appellabilität und Revisibilität von anderen Beweisanordnungen unterscheidende Beweisanordnung betrachtet werden, sondern ist, wie in dem vorbildlichen preuß. Prozeßrecht (AGO. I 13 § 39, cf. I 10 § 377), eine nur noch der Erledigung der Bedingung harrende Endentscheidung. Das bedingte Endurteil macht daher das Zurückgreifen auf den dadurch bedingt erledigten Streitgegenstand ebenso unmöglich, wie das unbedingte Endurteil. Daß ein Vers.Urteil nach § 295 oder § 296 nach einem bedingten Endurteile nicht mehr möglich ist, wird auch durch die Fassung des § 297 bestätigt. Hier ist ausdrücklich gesagt, daß als Verhandlungstermin im Sinne der §§ 295, 296 auch die Fortsetzungstermine *nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses* zu betrachten sind, wobei der Gegensatz zu den Terminen *nach bedingtem Endurteile* deutlich hervortritt. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 zu § 427, N. 3 Abs. 2 zu § 430 u. Mag. f. DR. III S. 320, Wilm. Levy N. 2 Abs. 2 zu § 427, Gaupp I S. 613 bei N. 4 u. S. 784, Wach Vortr. S. 128 f., Fitting Lehrb. (7) S. 465, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 233 N. 6, Boas eod. XXV S. 377 ff. (der jedoch irrtümlich gar keine mündl. Verh. für nötig hält), Jastrow eod. XXVII S. 709 ff., 777 ff., Barkhausen eod. S. 815 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 108 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 324 f., Birkmeyer Rechtsf. S. 56 ff., Troll Vers.Urt. S. 22, Hellmann Lehrb. S. 617, Kohler Forsch. S. 58, RG. 13. Jan. 1885 Entsch. XIV Nr. 97 S. 345. AM. Zeitlmann über den Einfluß der Zwischenurteile und des bedingten Endurteils ꝛc. (München 1893) S. 33 ff.] Über das Verfahren nach der Leistung oder Verweigerung eines durch bedingtes Urteil auferlegten Eides s. Bem. Nr. 3 zu § 427, insbesondere über das Verfahren bei Ausbleiben des Schwurpflichtigen oder seines Gegners im Schwurtermine s. Bem. Nr. 3 Ziff. I zu § 430. Vgl. a. Bem. Nr. 4 zu § 432 u. Bem. Nr. 1 Abs. 3 u. 4 zu § 433.

Digitized by Google

3. Auf die späteren mündlichen Verhandlungen finden die §§ 300 und 302 entsprechende Anwendung (KPr. S. 114).

4. In dem Termine, der zur Beweisaufnahme und zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist, kann das Versäumnisurteil erst nach Erledigung der Beweisaufnahme beantragt werden (vgl. die Bem. Nr. 1 zu § 332 und Bem. Nr. 1 zu § 335).

5. Auf das Versäumnisverfahren in der Berufungs- und Revisionsinstanz findet § 297 entsprechende Anwendung.

6. Von § 297 weichen die Vorschriften in § 41 des RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) ab.

§ 298.

Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 114, 115, 547.

1. Litteratur: Planck Lehrb. I S. 420, Hellm. Lehrb. S. 415 f., Troll Vers.Urt. S. 30 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 17 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 103 ff., Obermeyer Bl. f. RA. XLVI S. 372 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVII S. 501 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 322 ff., A. Hofmann Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 816 ff.

2. Verhandlung ist die von der Partei dem Gerichte vorgetragene Erörterung des Rechtsstreits nach seiner thatsächlichen und seiner rechtlichen Seite. Innerhalb der Verhandlung liegt die Antragstellung; sie bildet einen Bestandteil der Verhandlung [vgl. Obermeyer, L. Seuffert, Planck, Troll, RG. 17. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 120 S. 386 ff. AM. Birkmeyer a. a. O. S. 136 ff.], ohne mit „Verhandlung" identisch zu sein. Die Erörterung des Rechtsstreits kann mehr oder minder vollständig sein; auch die minder vollständige Erörterung ist Verhandlung, wenn nur aus dem Vortrage der Partei ersichtlich ist, wie die Partei den den Gegenstand der Verhandlung bildenden Rechtsstreit entschieden haben will und warum sie diese Entscheidung verlangt. Ob das Vorbringen der Partei in einem konkreten Falle den Begriff „Verhandlung" ausfüllt, ist quaestio facti; der Begriff der Verhandlung ist aber kein thatsächlicher, sondern ein Rechtsbegriff. [In diesem Sinne ist die Äußerung in den Mot. S. 232 „Ob eine Partei in totum nicht verhandelt hat, ist quaestio facti" zu verstehen; vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 136, L. Seuffert a. a. O. S. 506.] Die bloße Antragstellung ohne Begründung füllt den Begriff der Verhandlung noch nicht aus; dies gilt für Anträge sowohl des Klägers (Berufungs-, Revisionsklägers) wie des Beklagten (Berufungs-, Revisionsbeklagten). Nach Vortrag der bloßen Anträge ist daher noch Versäumnisurteil möglich [Wilm. Levy N. 1, Birkmeyer, L. Seuffert, Hellmann a. a. O., RG. a. a. O. S. 391; vgl. a. hann. Prot. V S. 1695 ff., 1733 f.]. Sowie aber mit der Antragstellung eine, wenn auch nur ganz allgemein gehaltene, Begründung verbunden ist, entsteht die Frage, ob sie als Verhandlung genügt oder nicht. [RG. a. a. O. S. 392.] Ein Antrag auf Beweiserhebung ist Verhandlung [RG. 13. Juni 1893 Entsch. XXXI Nr. 108 S. 424]; nicht dagegen ein bloßer Vertagungsantrag, es kann also gegen die Partei, die nach Ablehnung des Antrags nicht verhandelt, ein Vers.Urteil beantragt werden [vgl. Pfizer a. a. O. S. 23, RG. Entsch. XXXI S. 424].

Beschränkt sich der Beklagte (Widerbeklagte), der Gegner dessen, der Einspruch erhebt, der Berufungs-, Revisionsbeklagte auf prozessualische Verteidigungsbehelfe, z. B. Beanstandung der Klagerhebung, der Zulässigkeit des Einspruchs, der Berufung, Revision ohne sich eventuell auf die Sache selbst einzulassen, so verhandelt er nicht zur Hauptsache; daher ist, wenn die prozessualische Verteidigung sich als unbegründet herausstellt,

Digitized by Google

auf Antrag des Gegners Versäumnisurteil zur Hauptsache zu erlassen. Hiervon giebt es Ausnahmen: a) Nach § 73 kann der Beklagte im Falle rechtzeitiger laudatio auctoris bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in dem der Benannte sich zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern; es kann also kein Versäumnisurteil gegen ihn erlassen werden. b) Nach § 248 kann der Beklagte, der prozeßhindernde Einreden im Sinne des § 247 (dazu HGB. Art. 190a, 222, 223) vorbringt, die Einlassung zur Hauptsache verweigern. In diesem Falle riskiert also der Beklagte bei Unterlassung der eventuellen Verhandlung zur Hauptsache kein Versäumnisurteil. Die Ausnahme cessiert, insoweit das Gesetz dem Beklagten die Befugnis, wegen prozeßhindernder Einreden die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, nicht gewährt — vgl. Bem. Nr. 6 zu § 248. In diesen Fällen gilt, sofern nicht die Beschränkung der Verhandlung angeordnet wird, die Regel, d. i. die Möglichkeit des Versäumnisurteils gegen die zur Hauptsache nicht verhandelnde Partei. [Vgl. Wach Vortr. S. 119, Obermeyer a. a. O. S. 375 ff., Troll a. a. O. S. 36, ähnlich Pfizer a. a. O. S. 19 ff. Dagegen nehmen Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 614 bei N. 8, Petersen (2) S. 501 an, daß kontradiktorisches Urteil zu erlassen sei, wenn der Beklagte, ohne zur Verweigerung der Einlassung berechtigt zu sein, sich auf eine prozeßrechtliche Verteidigung beschränkte.] c) Nach § 137 kann das Gericht die Verhandlung auf einen prozessualischen Streitpunkt beschränken. Erläßt das Gericht eine solche Anordnung, so ist zunächst keine Verhandlung zur Hauptsache möglich; daher kann das Nichtverhandeln zur Hauptsache keine Versäumnisfolgen nach sich ziehen.

3. Darüber, ob Verhandeln vorliegt oder nicht, können sich Meinungsverschiedenheiten ergeben. Stellt eine Partei Antrag auf Versäumnisurteil unter der Annahme, der Gegner habe nicht verhandelt, und das Gericht ist der Ansicht, daß keine Terminsversäumnis vorliegt, so kann es den Antrag durch Beschluß zurückweisen (wogegen Beschwerde nach § 301), aber auch kontradiktorisches Urteil erlassen; denn der Antrag auf Versäumnisurteil enthält den Antrag auf ein Urteil zu Gunsten des Antragstellers; § 279 steht also nicht im Wege. Ebenso ist ein Antrag auf kontradiktorisches Urteil zurückzuweisen, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß Versäumnis vorliege. Ein Versäumnisurteil kann auf solchen Antrag nicht erlassen werden, weil der Antrag auf Verhängung der Versäumnisfolgen fehlt [vgl. Gaupp I S. 615, Troll a. a. O. S. 64 f.]. Gegen ein Versäumnisurteil könnte der Antragsteller Berufung und Revision aus dem Grunde einlegen, weil nicht kontradiktorisch geurteilt ist.

4. Entfernt sich eine Partei freiwillig nach Beginn der Verhandlung, so steht die Sache ebenso, wie wenn sie anwesend bleibt, aber nicht weiter verhandelt. Über Untersagung des weiteren Vortrags und Entfernung einer Partei durch Gerichtsbeschluß s. §§ 143, 144.

Wird auf Grund des GKG. § 85 ein Ausländer, weil er keinen Kostenvorschuß geleistet hat, zur mündlichen Verhandlung nicht zugelassen, so kann ein Vers.Urt. gegen ihn beantragt werden [RG. 14. Juni 1890 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 267].

§ 299.

Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

Mot. S. 232—234. KPr. S. 115, 547.

Die Folgen des Nichterklärens über Thatsachen, Urkunden, Eideszuschiebungen s. § 129, 392, 404, 417. Vgl. a. Bem. Nr. 2 zu § 208. Diese Folgen werden nicht durch

Digitized by Google

Versäumnisurteil, sondern in dem kontradiktorischen Urteile verwirklicht. Gegen die Folgen teilweiser Versäumung ist kein Einspruch möglich. Hat eine Partei verhandelt, so kann sie dies nicht durch Zurücknahme ihrer Erklärungen ungeschehen machen [RG. 17. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 120 S. 392].

§ 300.

Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

1) **wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;**
2) **wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;**
3) **wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war.**

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 113, 114, 547.

1. Bevor der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils gestellt ist, kann das Gericht beim Ausbleiben einer Partei gemäß § 206 die Vertagung der Verhandlung von Amtswegen beschließen. Dagegen ist kein Rechtsmittel zulässig (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 206). Im Falle solcher Vertagung ist keine Ladung der nicht erschienenen Partei zu dem neuen Termine erforderlich (§ 195). Das Gebot der Ladung in Abs. 2 des § 300 ist Ausnahme von der Regel des § 195 (vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. IV vor § 191 S. 251) und diese Ausnahme bezieht sich nur auf die Vertagung, die auf Grund des § 300 beantragt wurde. Versäumt die Partei, die in dem früheren Termine nicht erschienen war, auch den späteren Termin, so kann das Versäumnisurteil gegen sie erlassen werden, wenn sie zu dem früheren Termine ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen war. Anderenfalls ist im späteren Termine nach § 300 zu beschließen; denn nur die ordnungsmäßige frühere Ladung wirkt als Ladung auf den verkündeten Termin fort. — Nachdem der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils gestellt ist, kann das Gericht die Vertagung von Amtswegen noch auf Grund des § 302 beschließen. In diesem Falle ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

2. Die erschienene Partei kann bei Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Gegners die Vertagung der mündlichen Verhandlung beantragen, ohne einen Antrag auf Versäumnisurteil zu stellen. Sie kann den Vertagungsantrag als Eventualantrag mit dem Antrage auf Erlassung des Versäumnisurteils verbinden. Sie kann auch nach Zurückweisung ihres Antrags auf Erlassung des Versäumnisurteils die Vertagung beantragen, solange der Termin noch nicht geschlossen ist; die Verkündung des den Kontumazialantrag zurückweisenden Beschlusses schließt den Termin nicht ab. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Gaupp I S. 617, Troll Vers.Urt. S. 77. AM. Wilm. Levy N. 2.] In allen diesen Fällen **muß** das Gericht die Vertagung beschließen; die erschienene Partei hat ein Recht auf die Vertagung. Das ergiebt sich für den Fall, daß der Kontumazialantrag gestellt ist, unmittelbar aus den Worten des Gesetzes „unbeschadet des **Rechts** ꝛc.", gilt aber auch in dem Falle, daß die Partei, ohne es mit dem Antrage auf Versäumnisurteil zu versuchen, die Vertagung beantragt;

Digitized by Google

denn die erschienene Partei könnte durch Unterlassung jeder Antragstellung die Ruhe des Verfahrens herbeiführen und den Gegner dann zu einem neuen Termine laden, wobei nichts anderes herauskäme als bei der Vertagung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 617, RG. 25. Apr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 88 S. 369 f. AM. Troll Vers.-Urt. S. 77.] Gegen Abweisung des Vertagungsantrags findet Beschwerde statt [RG. Entsch. XXIII Nr. 88 S. 369 f.].

Wird auf Antrag die Vertagung beschlossen, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden. Ladungsfrist: § 194. Die Ladung geschieht nicht von Amtswegen, sondern ist Sache der Partei. Diese setzt den verkündeten Termin in die Ladungsschrift. Die Ladung ist nicht bloß erforderlich, wenn die Vertagung unter Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil erfolgte, sondern auch, wenn kein Antrag auf Versäumnisurteil gestellt war; denn auch in diesem Falle bleibt es unsicher, ob nicht dem Versäumnisurteile ein Hindernis im Wege stand. [Vgl. Wilm. Levy N. 6, Gaupp I S. 617, OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 229. AM. Troll S. 77, OLG. Bamberg Ztschr. f. d. CPr. IV S. 458 ff., OLG. Kassel eod. XIV S. 490 ff.] In dem neuen Termine kann die Partei, die in dem früheren nicht erschienen war, verhandeln. Ein Versäumnisurteil ist nur zulässig, wenn sie zu dem neuen Termine ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen war.

3. Die Zurückweisung des Antrags auf Erlassung eines Versäumnisurteils erfolgt durch Beschluß. Dieser ist zu verkünden. Rechtsmittel s. § 301. Der Beschluß enthält keine absolutio ab instantia, sondern spricht nur aus, daß unter den gegebenen Umständen das Versäumnisurteil nicht erlassen werden könne. Er beendigt daher die Rechtshängigkeit nicht. Von Amtswegen ist Termin zur Verhandlung nicht zu bestimmen. Jede Partei, auch die nicht erschienene, kann den Gegner zu einem neuen Termine laden. Ladungsfrist: § 194.

4. Wegen der von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 295, Bem. Nr. 2 Abs. 4 und 5 zu § 296; ferner Bem. Nr. 8 zu § 261. Im Parteiprozesse gehört auch die Vorlage der Vollmacht dazu (§ 84).

Die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil kann beschlossen werden, wenn es noch nicht feststeht, ob die von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände vorliegen oder nicht, und die erforderliche Nachweisung möglicherweise noch beschafft werden kann [so auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 444 ff.]. Beispiele: Es bestehen Bedenken gegen die Prozeßfähigkeit einer Partei, gegen die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters, über die Notwendigkeit oder Ordnungsmäßigkeit eines Streitkonsenses für den gesetzlichen Vertreter (§ 50), gegen die Ordnungsmäßigkeit der Klagerhebung oder darüber, ob für die Sache der Rechtsweg zulässig, ob die Zuständigkeit des Gerichts gegeben, ob der Einspruch oder ob das Rechtsmittel der Berufung oder der Revision zulässig und ordnungsmäßig eingelegt ist ꝛc. Die erforderlichen Nachweise liegen noch nicht vor; es ist aber möglich, daß sie beigebracht werden. Der Kontumazialantrag ist zurückzuweisen. Nach dem Wortlaute des § 300 Nr. 1 ist der Zweifel erlaubt, ob bei feststehendem Mangel einer Prozeßvoraussetzung die absolutio ab instantia auszusprechen oder nur der Kontumazialantrag zurückzuweisen ist [vgl. Ercius Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 602]; denn die Negative, daß die erschienene Partei die erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag, trifft auch in den Fällen zu, in denen nach Ansicht des Gerichts feststeht, daß es an einer Prozeßvoraussetzung mangelt. Aber wenn ein solcher Mangel feststeht, hat es keinen Zweck, die formelle Rechtshängigkeit fortdauern zu lassen; auch hätte der Beklagte bei Ausbleiben des Klägers gar kein Mittel, den Prozeß zu Ende zu führen und zum Ersatz der Kosten zu gelangen. Daher ist die absolutio ab inst. auszusprechen, sobald nach Ansicht des Gerichts

Digitized by Google

feststeht, daß ein nicht zu beseitigender Mangel in den Prozeßvoraussetzungen vorliegt. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3 zu § 300, Wach Vortr. S. 132 ff., Bolgiano S. 440, Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 311 ff. u. Lehrb. (7) S. 515, 520 N. 32, Troll Vers.Urt. S. 42, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 24. Das RG. hat in Entsch. I N. 158 S. 143, II Nr. 118 S. 409 die Möglichkeit einer abs. ab inst. wegen Unzuständigkeit im Falle des Ausbleibens des Beklagten anerkannt. Vgl. a. Entsch. XVIII S. 384. Teilweise anders Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 418 f. (vgl. jedoch eod. LXIV S. 274 f.), Gaupp I S. 605, 618.] — Die Vorschrift der Nr. 1 ist auch in der Berufungs- und in der Revisionsinstanz anwendbar.

5. Zu Nr. 2: Wenn keine Ladung erforderlich war — darüber vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 (S. 251) — ist die Vorschrift der Nr. 2 überhaupt nicht anwendbar. Ob die nicht erschienene Partei ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen war, ist nach den §§ 151—195, 204, 234, 459, 462, 481, 517, 567 Abs. 2, 636 Abs. 2 und GVG. § 102 zu bemessen. Auch Ordnungswidrigkeiten, die nach § 267 gehoben werden könnten, sind von Amtswegen zu beachten, wenn der Geladene ausbleibt oder nicht verhandelt. [AM. für den Fall des Nichtverhandelns Schneider Arch. f. c. Pr. LXVI S. 285 ff. Mit Unrecht! denn § 267 verbindet den Verlust des Rügerechts nicht mit dem Erscheinen.] — Gegen die betreibende Partei kann das Versäumnisurteil ergehen, auch wenn die erschienene Partei nicht ordnungsmäßig oder nicht rechtzeitig geladen war. Es kommt nicht darauf an, ob der Ladende von dem Termine Kenntnis erhalten hat. Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, was bei Besorgung der Ladung durch den Gerichtsschreiber oft genug vorkommt, kann der Ladende kontumaziert werden. Wer gegen den Ladenden ein Vers.Urteil beantragt, muß nachweisen, daß er geladen wurde, kann dies aber nicht bloß durch die Zustellungsurkunde, sondern auch durch die Gerichtsakten nachweisen [RG. 30. Okt. 1893 Entsch. XXXI Nr. 113 S. 433].

6. Zu Nr. 3: Die Vorschrift bezieht sich auf die Fälle, daß der Beklagte, der Gegner der den Einspruch erhebenden Partei, der Berufungs- und Revisionsbeklagte, der Gegner der eine Wiedereinsetzung nachsuchenden, der Gegner der eine Aufnahme betreibenden Partei ausgeblieben ist. Der Beklagte, Widerbeklagte, der Berufungs- und Revisionsbeklagte, der Gegner der den Einspruch erhebenden oder um Wiedereinsetzung nachsuchenden oder der die Aufnahme betreibenden Partei bedarf zur Begründung seines Gegenantrags keines thatsächlichen Vorbringens und keiner vorherigen Mitteilung, kann also gegen den Gegner das Versäumnisurteil beantragen, ohne ihm einen Antrag auf Abweisung der Klage, der Widerklage, des Rechtsmittels, des Einspruchs ꝛc. ꝛc. zugestellt zu haben. [Vgl. a. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 421, RG. 10. Mai 1893 Entsch. XXXI Nr. 100 S. 405.] Ist das mündliche Vorbringen dem Gegner in einer vorangegangenen Verhandlung bekannt geworden, z. B. eine Widerklage oder eine Anschließung in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, so ist dem Gebote der Mitteilung genügt. [Vgl. Wach Vortr. S. 138, Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 521 ff., Troll S. 59. AM. Hellmann Lehrb. S. 625 und Gaupp I S. 619 bei N. 19.] Die Vorschrift der Nr. 3 bezieht sich nur auf wesentliches thatsächliches Vorbringen und nur auf Anträge zur Sache, nicht auf Prozeßanträge [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 242, Tränkner eod. S. 260]. Sie gilt auch für den Amtsgerichtsprozeß. — Wegen Änderung der Klage s. Bem. Nr. 4 zu § 240 und Bem. Nr. 3 zu § 241.

§ 301.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird

Digitized by Google

der Beschluß aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 547, 548, 557, 558.

1. Der zurückweisende Beschluß muß verkündet werden. Von der Verkündung an läuft die Notfrist zur Beschwerde (§ 540 Abs. 2). Wird der Beschluß vom Beschwerdegerichte aufgehoben, so kann es nicht selbst das Vers.Urt. erlassen; denn ein Urteil kann nur nach mündlicher Verhandlung ergehen. Die Sache kehrt also in die untere Instanz zurück. Dann hat der Vorsitzende von Amtswegen einen Termin anzusetzen; von diesem Termine ist nur der im vorigen Termine erschienenen Partei von Amtswegen Nachricht zu geben. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine nicht zu laden, weil in dem neuen Termine nur das Vers.Urt. nachzuholen ist, das in dem früheren Termine hätte erlassen werden sollen. Deswegen kann auch die in dem früheren Termine nicht erschienene Partei im neuen Termine nicht zur Verhandlung zugelassen werden, wenn nicht der Gegner in die Zulassung willigt. Dem Gegner kann sein Recht auf ein Vers.Urt. nicht durch das Erscheinen der im früheren Termine ausgebliebenen Partei vereitelt werden. Die im nordd. Entw. § 433 enthaltene Bestimmung, daß der früher nicht Erschienene zum neuen Termine zuzulassen sei, ist in den späteren Entwürfen weggeblieben. [Vgl. Struckm. Koch, Wilm. Levy, Gaupp, Petersen, Hellmann Lehrb. S. 628, Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 241 N. 17; Kohler Pr. als RV. S. 65, s. a. RG. Entsch. XX S. 384. AM. Fitting (7) § 78 N. 41, Erythropel in Ztschr. f. d. CPr. II S. 120 ff., Troll Vers.Urt. S. 75 f.] Bleibt die im ersten Termine erschienene Partei in dem neuen Termine aus, so kann vom Gegner kein Versäumnisurteil beantragt werden; denn er ist nicht zur Verhandlung zuzulassen. Es tritt Ruhe des Verfahrens ein (§ 228).

2. Wird der Antrag auf Versäumnisurteil teilweise zurückgewiesen, zu einem anderen Teile aber dem Antrage stattgegeben, so ist gegen die abweisende Entscheidung, auch wenn sie mit dem Vers.Urt. verbunden ist, nur Beschwerde, nicht Berufung oder Revision zulässig [RG. 11. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 107 S. 391].

§ 302.

Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen, oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 548.

1. § 302 betrifft die Fälle, in denen nach Ansicht des Gerichts die nicht erschienene Partei am Erscheinen im Termine verhindert war. Die Verhinderung kann ihren Grund darin haben, daß die vom Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist (s. §§ 204, 234 Abs. 2, 481, 517) zu kurz — d. i. so kurz, daß die Partei unter Benutzung der gewöhnlichen Kommunikationsmittel nicht zum Termine eintreffen konnte — bemessen, oder darin, daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert war. Wegen des Begriffs „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" s. Bem. Nr. 1 zu § 211. Sind Hindernisse der angegebenen Art vorhanden, so ist trotz der Versäumung des Termins dem Gerichte die Vertagung nahegelegt. [Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 12 ff. nimmt an, daß in diesen Fällen gar keine Versäumnis vorliege. Er folgert daraus, daß eine Berufung gegen das zweite Versäumnis-

Digitized by Google

urteil sich auf den Nachweis der Verhinderung des Erscheinens stützen könne (§ 474 Abs. 2). Die Theorie Schwalbachs ist dem Gesetze fremd. Nirgends steht geschrieben, daß die Ladung um der Verhinderung des Geladenen willen ihre Kraft verliere, wie dies im früheren gemeinen Prozesse (Wetzell Syst. § 50 bei N. 117 ff.) bei sog. Ehehaften allerdings der Fall war. Gegen Schw.: Troll Vers.Urt. S. 229, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 160. Für Schw.: Kohler Forschungen S. 57.]

2. Der neue Termin wird verkündet. Zu dem Termine ist die nicht erschienene Partei von der erschienenen Partei zu laden. In dem neuen Termine kann die früher ausgebliebene Partei erscheinen und zur Sache verhandeln. [Wach Vortr. S. 135 ff. meint, daß in dem neuen Termine zunächst nur darüber zu verhandeln sei, ob wirklich ein Grund vorlag, der die im ersten Termine ausgebliebene Partei am Erscheinen verhinderte; werde diese Frage verneint, so sei im zweiten Termine trotz dem Erscheinen der im ersten Termine ausgebliebenen Partei Versäumnisurteil gegen sie zu erlassen; nur im anderen Fall sei in die Verhandlung zur Sache einzutreten. Für Wach: Schwalbach a. a. O. S. 13 N. 14, Hellmann Lehrb. S. 626. Gegen Wach: Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 622 N. 4, Troll a. a. O. S. 12 ff. Wachs Ansicht ist unhaltbar. Die scheinbare Stütze im Wortlaute des § 302 — „die Verhandlung über den Antrag auf Vers.Urt. vertagen" — zerbricht, wenn man erwägt, daß der Antrag auf Vers.Urt. selbst schon Verhandlung zur Hauptsache und daß diese Verhandlung noch nicht abgeschlossen ist.]

3. Gegen den Vertagungsbeschluß findet keine Beschwerde statt (arg. § 530).

§ 303.

Der Partei, gegen welche ein Versäumnisurteil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

Mot. S. 232, 233. KPr. S. 115, 548.

1. Der Einspruch (die opposition des franz. Prozeßrechts) ist der Rechtsbehelf, den das Gesetz der säumigen Partei gegen die Folgen gänzlicher Versäumung gewährt. Der Einspruch gehört nach der Terminologie des Gesetzes nicht zu den Rechtsmitteln (vgl. Bem. Nr. 2 zum Titel des dritten Buchs). Der Einspruch ist nicht abhängig von Entschuldbarkeit der Versäumung. Ausnahme: RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 42. Er ist gegen alle Versäumnisurteile (s. Bem. Nr. 1 litt. d vor § 295) mit Ausnahme der in §§ 216 Abs. 2 und 310 erwähnten zulässig. Er ist aber nur zulässig gegen Versäumnisurteile, d. i. gegen Urteile, die auf Versäumnisfolgen beruhen [vgl. Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 1 ff.]. Über die Zulässigkeit des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl s. § 640.

2. Der Partei, die das Versäumnisurteil beantragt hat, steht, wenn und soweit gegen sie geurteilt ist, nicht Einspruch, sondern Berufung und Revision zu.

§ 304.

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils.

Muß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurteile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

Mot. S. 234. KPr. S. 115, 548.

1. Die Einspruchsfrist beträgt im Verfahren vor den Amts-, Land- und höheren Gerichten gleichmäßig zwei Wochen. Sie beginnt mit der Zustellung des Versäumnis-

Digitized by Google

urteils. Die Zustellung wird regelmäßig auf Betreiben dessen erfolgen, der das Urteil beantragt hat. Aber auch der Kontumazierte kann sich nach § 198 Abs. 2 durch Zustellung an den Gegner die Einspruchsfrist eröffnen. Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Wegen Wiedereinsetzung gegen Ablauf der Frist s. §§ 211—216, besonders § 211 Abs. 2. — Im Verfahren vor den Gewerbegerichten beträgt die Einspruchsfrist drei Tage; s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 38.

2. Die Einlegung des Einspruchs kann mit der Zustellung des Urteils an den Gegner des Kontumazierten verbunden werden. Der Einspruch kann schon vor Zustellung des Versäumnisurteils rechtswirksam eingelegt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Hellmann II S. 183, Petersen (2) S. 513, Fitting (7) § 79 N. 5, Troll Vers.Urt. S. 193 ff., RG. 25. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 115 S. 408 und 17. Jan. 1883 IX Nr. 121 S. 421, OLG. Dresden Sächs. Arch. I S. 277. Dagegen: Wilm. Levy N. 1, Endemann II S. 162, Gaupp I S. 623, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 257 ff. u. S. 801, Deutschmann eod. XXVI S. 57, 64 ff.] Für die hier vertretene Ansicht spricht das arg. a contr. aus §§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2; wenn die Bestimmung einer Notfrist ohne weiteres die Vornahme der Prozeßhandlung vor Beginn der Frist unmöglich machte, so hätte dies nicht für Berufung und Revision ausdrücklich bestimmt werden müssen. Auch auf § 283 Abs. 2 kann man sich berufen. Die Einlegung des Einspruchs in diesem Punkte anders zu behandeln als die Einlegung der Berufung und Revision, ist aber auch sachlich durchaus gerechtfertigt. Bei Berufung und Revision soll durch die Vorschrift der §§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2 die einheitliche Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz über die möglicherweise beiden Parteien zustehenden Rechtsmittel erreicht werden. Einspruch kann immer nur von einer Partei eingelegt werden. Die Gleichzeitigkeit der Einlegung des Einspruchs und einer gegnerischen Berufung oder Revision anzustreben, besteht nicht der mindeste Grund. [Wachs Bezugnahme auf § 217 ad vv.: „innerhalb derselben" ist nicht beweiskräftig; denn der nachträglich eingefügte § 217 ist eben auf den regelmäßigen Fall zugeschnitten.]

3. „Zustellung im Auslande" s. §§ 182—185; auch die nach § 161 zulässige Zustellung durch Aufgabe zur Post gehört dazu, wenn der Bestimmungsort im Auslande ist [OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 496]. „Z. durch öffentliche Bekanntmachung" s. §§ 186—190. Die nach Abs. 2 bestimmte Einspruchsfrist ist eine Notfrist. — Die Frist wird von Amtswegen im Versäumnisurteile bestimmt. Ist dies übersehen oder stellt sich erst nachträglich heraus, daß Zustellung im Auslande oder öffentliche Zustellung nötig ist, so ist nachträglich Beschluß zu erlassen. Der Beschluß ist der Partei, die ihn anregt, von Amtswegen zuzustellen, wenn er nicht verkündet worden ist (§ 294). Dem Gegner ist der Beschluß durch die Partei zuzustellen, wie das Versäumnisurteil (KPr. S. 115). Die Zustellung des Urteils im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung ohne Zustellung des Beschlusses eröffnet die Einspruchsfrist nicht.

§ 305.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) **die Bezeichnung des Urteils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;**
2) **die Erklärung, daß gegen dieses Urteil Einspruch eingelegt werde;**
3) **die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache.**

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

Mot. S. 234. KPr. S. 115, 548.

Digitized by Google

1. Zur Einlegung des Einspruchs ist Zustellung eines Schriftsatzes nötig. Im Anwaltsprozesse muß der Schriftsatz von dem Anwalte unterschrieben sein. Im Verfahren vor den Amtsgerichten kann der Einspruch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt (§ 462) und durch Zustellung dieses Protokolls eingelegt werden. Die mündliche Erklärung des Einspruchs ist unwirksam. Dieses gilt auch für das amtsgerichtliche Verfahren. Aus § 461 folgt nicht, daß die Einlegung des Einspruchs durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung ersetzt werden kann.

2. Wesentlich für den Schriftsatz (das Protokoll § 462) sind die Erfordernisse Nr. 1—3. Ein Mangel hat zur Folge, daß der Einspruch nicht in der gesetzlichen Form eingelegt ist (s. § 307). — Zu Nr. 1: Das Urteil muß so genau bezeichnet sein, daß man weiß, welches Urteil angefochten werden soll. — Zu Nr. 2: Der Gebrauch des Ausdrucks „Einspruch" ist nicht wesentlich. Andere Ausdrücke, etwa „Widerspruch" oder „Opposition", genügen auch, wenn nur erkennbar ist, was gewollt ist. — Zu Nr. 3: Es genügt, wenn die Ladung einfach „zur mündlichen Verhandlung" lautet. Dagegen würde eine Ladung zur Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs inkorrekt sein. „Hauptsache" bedeutet hier den Gegensatz zur Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen des Einspruchs. Die Ladung ist in den Schriftsatz aufzunehmen (§ 191 Abs. 2). Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten s. § 162, 163. Ladungsfrist: § 194, vorbehaltlich der Abkürzung. Nichteinhaltung der Ladungsfrist macht den Einspruch nicht ungültig.

3. Für den Schriftsatz gelten die instruktionellen Vorschriften der §§ 120—124 und des § 305 Abs. 2. Der Anweisung des § 305 Abs. 2 wird z. B. dadurch entsprochen, daß der Schriftsatz des kontumazierten Beklagten die Klage beantwortet oder der Schriftsatz des kontumazierten Klägers auf die Klage bezugnehmend den Antrag wiederholt ꝛc. ꝛc.

4. Über Einlegung des Einspruchs in dem Verfahren vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) §§ 38, 42.

§ 306.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

Mot. S. 234, 235. KPr. S. 115, 548.

1. Die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs unterliegen der Offizialprüfung. Diese Voraussetzungen sind: a) Die Statthaftigkeit des Einspruchs. Das Urteil muß der Einspruch erhebenden Partei gegenüber erstes Versäumnisurteil sein. Näheres s. Bem. Nr. 1 litt. d vor § 295. b) Die gesetzliche Form, d. i. die Beobachtung der Vorschriften des § 305 Nr. 1—3. c) Die Einhaltung der Notfrist des § 304.

2. Die Verhandlung über die prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs muß nicht getrennt werden von der sonstigen Verhandlung. Der Gegner der Einspruchspartei hat nicht das Recht, bei Bestreitung der Zulässigkeit ꝛc. des Einspruchs die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Doch kann das Gericht gemäß § 137 anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf die Voraussetzungen des Einspruchs zu beschränken sei. [AM. Troll Vers.Urt. S. 216.] Der Streit über die Zulässigkeit des Einspruchs ist Zwischenstreit (s. Bem. Nr. 4 zu § 275); durch Zwischenurteil kann der Einspruch für zulässig erklärt werden.

3. Fehlt es an einer der prozessualischen Voraussetzungen des Einspruchs, so ist der Einspruch nach mündlicher Verhandlung durch Endurteil als unzulässig zu verwerfen. Gegen

Digitized by Google

dieses Urteil ist Berufung und Revision zulässig. Wegen Mangels der prozessualischen Voraussetzungen muß der Einspruch auch dann verworfen werden, wenn in dem Termine zur Verhandlung über den Einspruch nur eine der Parteien erschienen ist. Das Urteil ist auch gegenüber der nicht erschienenen Partei kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf einer Versäumnisfolge beruht; daher ist es nicht mit Einspruch, sondern mit den Rechtsmitteln anfechtbar; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 295 und Bem. Nr. 2 Abs. 4 zu § 296. [Teilw. a. M. Gaupp I S. 625 f., der bei Ausbleiben der Partei, die den Einspruch einlegte, ein Versäumnisurteil ohne Prüfung der Formalien des Einspruchs zuläßt.]

§ 307.

Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand.

Mot. S. 235. KPr. S. 94, 543.

1. Ist der Einspruch statthaft und ordnungsmäßig sowie rechtzeitig eingelegt, so bewirkt er, daß der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor dem Eintritte der Versäumnis befand. Eingetreten aber war die Versäumnis nicht erst mit der Verkündung des Versäumnisurteils und auch nicht erst mit dem Schlusse der Verhandlung, sondern schon vor dem Antrage auf Versäumnisurteil; denn dieser Antrag setzt die Terminsversäumnis voraus. Dagegen kann man nicht einwenden, daß nach § 197 ein Termin erst versäumt ist, wenn die Partei bis zum Schlusse nicht verhandelt; denn die Möglichkeit, daß die nicht erschienene Partei *nach* dem Antrage auf Versäumnisurteil auftritt und verhandelt, beruht auf einer Art von Restitution, die der § 209 Abs. 2 gegen die *eingetretene* Versäumnis allgemein gewährt. [Vgl. Troll Vers.Urt. S. 9 ff.] Der Prozeß wird also durch den Einspruch in die Lage zurückversetzt, in der er sich *vor dem Antrage* auf das Versäumnisurteil befand. Die Parteien können alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, die sie vor dem Antrage auf Versäumnisurteil geltend machen konnten. Insbesondere kann der Beklagte, sowohl wenn er selbst, als wenn der Gegner Einspruch erhoben hat, prozeßhindernde Einreden, die nicht schon durch eine frühere Verhandlung verloren waren, vorbringen und die Einlassung verweigern, wenn ihm diese Befugnis vorher noch zukam. [Troll S. 37, 222 behauptet, daß der Beklagte, der den Einspruch eingelegt hat, sich nicht auf prozeßhindernde Einreden beschränken dürfe. Dieser Behauptung liegt die irrige Annahme zu Grunde, daß die Worte „zur Hauptsache" in § 310 den Gegensatz zu Prozeßeinreden bezeichnen. Dagegen s. Bem. Nr. 1 zu § 310.] Andererseits bleiben alle Zwischenurteile, einschließlich derjenigen über prozeßhindernde Einreden oder über den Grund des auch dem Betrage nach streitigen Anspruchs, ebenso die Beweisbeschlüsse, die vor dem Versäumnisurteile erlassen waren, in Kraft (norddt. Prot. II S. 622 f., 625). Nicht minder bleiben Geständnisse, Beweisbeschlüsse und Beweisaufnahmen sowie die vor dem Antrage auf Versäumnisurteil bereits eingetretenen Präklusionen wirksam.

2. Die Zulässigkeit des Einspruchs kann durch Zwischenurteil festgestellt werden (§ 275). Durch ein solches Zwischenurteil ist jedoch das Versäumnisurteil noch nicht aufgehoben (vgl. § 655). Ist kein Zwischenurteil erlassen, so wird über die Zulässigkeit im Endurteile entschieden.

3. Über die Wirkung des Einspruchs auf die Vollstreckung des Versäumnisurteils s. §§ 645, 648 Nr. 3, 649—655, 657, 659.

§ 308.

Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnisurteile enthaltenen Entscheidung

Digitized by Google

übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnisurteil in dem neuen Urteile aufgehoben.

Mot. S. 228—232. KPr. S. 115, 548.

1. Ist der Einspruch zulässig und sind beide Parteien zur Einspruchsverhandlung erschienen, so ist über die Sache (im Gegensatze zur Frage der Zulässigkeit des Einspruchs) durch Urteil zu entscheiden. Diese Entscheidung kann absolutio ab instantia sein, wenn sich herausstellt, daß ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen, z. B. Unzuständigkeit des Gerichts, vorhanden ist. Außerdem ergeht ein Urteil zur Hauptsache. Dieses Urteil kann das Versäumnisurteil ganz oder teilweise bestätigen oder aufheben. Insoweit es bestätigt, ist in der Urteilsformel auszusprechen, daß die frühere Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit es abändert, ist in der Urteilsformel auszusprechen, daß das Versäumnisurteil aufgehoben und so und so erkannt werde. Bei teilweiser Änderung ist das Urteil nicht ganz aufzuheben. Das kann wegen des Fortbestandes von Zwangsvollstreckungsmaßregeln bedeutsam sein. [Vgl. Troll a. a. O. S. 219, OLG. Rostock SA. XLIII Nr. 161.] — Bei Erlassung eines bedingten Endurteils ist die Aufhebung des Versäumnisurteils noch nicht auszusprechen, da das Purifikationsurteil wieder mit dem Versäumnisurteile übereinstimmen kann.

2. Gegen das kontradiktorische Endurteil sind die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig.

§ 309.

Ist das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumnis veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn infolge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

Mot. S. 232. KPr. S. 115, 548.

1. Wird das Versäumnisurteil aufrecht erhalten, so fallen die Kosten der Einspruchsverhandlung der Partei, die den Einspruch erhoben hat, zur Last. Wird das Versäumnisurteil abgeändert, so ist zu unterscheiden: a) Das Versäumnisurteil ist in ungesetzlicher Weise ergangen, d. h. unter Umständen, unter denen entweder sofort auf absolutio ab instantia zu erkennen oder der Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen gewesen wäre, weil keine Terminsversäumnis oder kein Antrag vorlag oder weil § 300 anzuwenden war; dann sind die Kosten des Prozesses als ein Ganzes zu betrachten, worüber nach §§ 87, 88 zu erkennen ist. Die säumige Partei kann also, wenn sie obsiegt, kostenfrei ausgehen. b) Das Versäumnisurteil ist in gesetzlicher Weise ergangen. Dann kann die säumige Partei, auch wenn sie obsiegt, nicht kostenfrei ausgehen, selbst dann nicht, wenn die Versäumnis eine unverschuldete war. Die Mehrkosten, die infolge der Versäumung durch die doppelte Verhandlung entstanden sind, bleiben ihr stets zur Last. Nur diejenigen Kosten der Einspruchsverhandlung, die durch einen schließlich als unbegründet erkannten Widerspruch des Gegners entstanden sind, sind diesem aufzuerlegen. — Bei Zurücknahme der Klage kommt § 243 Abs. 3, nicht § 309, zur Anwendung.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 6, 32, 46; GO. f. RA. § 20.

§ 310.

Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache ver-

Digitized by Google

handelt, steht gegen das Versäumnisurteil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

Mot. S. 235. KPr. S. 115, 548.

1. a) Wenn die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine oder in dem Termine, auf den die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt, so wird der Einspruch durch Versäumnisurteil verworfen. Über den Begriff „verhandeln" vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 298. Den Gegensatz von „zur Hauptsache verhandeln" bildet hier die Verhandlung über die Zulässigkeit, Rechtzeitigkeit und ordnungsmäßige Einlegung des Einspruchs; es fällt also, abweichend von §§ 39, 243, 247, auch die Verhandlung über Prozeßeinreden unter den Begriff „zur Hauptsache verhandeln". [So auch die Mot. S. 235 ad vv.: „nicht zur Hauptsache — wenn auch über den Einspruch"; ferner Struckm. Koch N. 1a, Wilm. Levy N. 2a, Gaupp I S. 629; vgl. a. Wach I S. 292 N. 20, wo übrigens der Fall des § 310 nicht speziell berührt ist. AM. Troll Vers.Urt. S. 37, 142, 215 f., 221 f.] Auch wenn durch Zwischenurteil die formelle Zulässigkeit des Einspruchs bereits festgestellt ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 306), kann der Einspruch der nicht zur Hauptsache verhandelnden Partei durch Versäumnisurteil verworfen werden; denn dieses die Versäumnisfolge realisierende Urteil steht nicht in Widerspruch mit dem Zwischenurteile. [Unrichtig v. Kries Rechtsmittel S. 161 N. 80.] Gegen das zweite Versäumnisurteil ist kein weiterer Einspruch, sondern nur Berufung oder Revision aus dem Grunde zulässig, daß Versäumung nicht vorgelegen habe (§§ 474 Abs. 2, 529). Zu dem Versäumnisurteile nach § 310 wird vorausgesetzt, daß der Einspruch „zulässig" im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 306 war; sonst müßte er nach § 306 verworfen werden. Bei der zweiten Versäumung sind aber die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder die Zulässigkeit der Berufung und Revision nicht mehr zu prüfen [vgl. Troll a. a. O. S. 221].

b) Wenn dagegen die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in dem Termine erschienen ist und „zur Hauptsache" (im bezeichneten) Sinne verhandelt hat, hierauf aber im Laufe derselben Instanz einen weiteren, zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin versäumt, so ist der Einspruch nicht mehr zu verwerfen; wohl aber kann unter den allgemeinen Voraussetzungen ein neues Versäumnisurteil gegen sie erlassen werden. Gegen dieses neue Versäumnisurteil hat die kontumazierte Partei den Einspruch. Natürlich kann dieser Fall mehrmals eintreten, so daß in derselben Instanz gegen dieselbe Partei ein drittes, viertes ꝛc. dem Einspruche unterliegendes Versäumnisurteil möglich ist. Ausreichenden Schutz gegen den Mißbrauch, der mit Wiederholung des Einspruchs getrieben werden könnte, gewährt die vorläufige Vollstreckbarkeit jedes zweiten oder ferneren, in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnisurteils (§ 648 Nr. 3).

2. Erscheint der Gegner der Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag der erschienenen Partei Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 zu erlassen, wenn sich der Einspruch bei der nach § 306 vorzunehmenden Offizialprüfung als zulässig erweist. Gegen dieses Versäumnisurteil steht der kontumazierten Partei der Einspruch zu.

§ 311.

In betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.

Mot. S. 235. KPr. S. 115, 548.

Digitized by Google

Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung s. § 475, über Zurücknahme der Berufung s. § 476. Vor Erlassung des Vers.Urteils kann auf den Einspruch nicht verzichtet werden. Ein derartiger Verzicht, einerlei ob einseitig oder vereinbart, ist wirkungslos. Es enthält nämlich der in betreff des Verzichts auf den Einspruch entsprechend anzuwendende § 475 nur eine Bestimmung über Verzicht auf Berufung nach Erlassung des Urteils; dieser Verzicht ist in § 475 als rechtswirksam anerkannt, entsprechend also gemäß § 311 auch der Verzicht auf den Einspruch. Über den Verzicht auf Berufung vor Erlassung des Urteils bestimmt die CPrO. überhaupt nichts; vielmehr soll nach den Mot. S. 300 die Gültigkeit eines „Vertrags", worin auf Berufung vor Erlassung des Urteils verzichtet wird, „lediglich nach dem Civilrechte" zu beurteilen sein. Die Resultate, die sich hieraus für den vor Erlassung des Urteils vereinbarten Verzicht auf die Berufung ergeben s. Bem. Nr. 1 zu § 475. Die entsprechende Anwendung auf den vor dem Urteile erklärten Verzicht auf den Einspruch ergiebt, daß ein solcher Verzicht nur gültig wäre, wenn dessen Gültigkeit sich aus dem Civilrechte begründen ließe. Dies ist aber nach keinem der in Deutschland geltenden Civilrechte der Fall. Auch sprechen gegen die Zulässigkeit die schwersten Bedenken, da derjenige, der auf den Einspruch von vornherein verzichtet, sich damit auch zur Versäumnis verpflichten würde — eine Verpflichtung, der eine prozeßrechtliche Wirkung unmöglich zukommen kann. [Vgl. Struckm. Koch N. zu § 311, Gaupp I S. 629 f., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 288, Troll Vers.Urt. S. 200 ff. AM. Wilm. Levy N. 1 und, wie es scheint, Planck I S. 299.] — Auf den Verzicht nach dem Vers.Urt. finden die Bem. Nr. 2—4 zu § 475, auf die Zurücknahme des Einspruchs die Bem. Nr. 2—6 zu § 476 entsprechende Anwendung. Der Bem. Nr. 5 litt. a zu § 476 entsprechend enthält die Zurücknahme eines Einspruchs, der als nicht ordnungsmäßig eingelegt beanstandet wurde, keinen Verzicht auf den Einspruch [RG. 17. Jan. 1883 Entsch. IX Nr. 121 S. 423].

§ 312.

Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnisverfahren und das Versäumnisurteil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits. Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 236, 237. KPr. S. 115, 548.

1. Zu Abs. 1: „Auf das Verfahren über die Widerklage." In Abwesenheit des Klägers kann der Beklagte keine Widerklage erheben (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33). Terminsversäumnis im Verfahren über die WKl. ist aber erst möglich nach Erhebung der WKl. Folglich können die Vorschriften über das Versäumnisverfahren auf das Verfahren betreffs der WKl. erst angewendet werden, wenn der Widerkläger oder der Widerbeklagte nicht mehr erscheint oder nicht mehr verhandelt, nachdem in einem früheren oder in demselben Termine beide Parteien erschienen waren und die WKl. erhoben worden war. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 630 f., A. Förster N. 3. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 131, Wach Vortr. S. 41 und Ztschr. f. Pr. u. d. R. VII S. 137 N., Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. V S. 230. Dagegen führt die in Bem. Nr. 5 zu § 33 erwähnte Ansicht, daß WKl. nach vorheriger Zustellung eines die WKl. ankündigenden Schriftsatzes auch in Abwesenheit des Klägers anhängig gemacht werden könne, zu der Konsequenz, daß im Widerklageverfahren ein Versäumnisurteil gegen den Widerkläger und den Widerbeklagten schon

Digitized by Google

nach Zustellung des erwähnten Schriftsatzes möglich ist. Es ist eine Halbheit, Kontumazialfolgen nach Zustellung des Schriftsatzes nur zu Gunsten des Widerklägers, nicht zu Gunsten des Widerbeklagten eintreten zu lassen, wie dies Struckm. Koch N. 4 zu § 295, N. 6 zu § 296, Petersen (2) S. 503, 505, Hellmann Lehrb. S. 636, Schepers Beitr. z. Erl. d. DR. XXIV S. 868, Troll Vers.Urt. S. 99 u. S. 133 u. a. wollen. Freilich führt die volle Konsequenz der gegnerischen Ansicht zum Konflikte mit § 254; aber das beweist nur, daß der Ausgangspunkt falsch ist.] Bei Versäumnis des Widerklägers wird die Widerklage abgewiesen (§ 295). Bei Versäumnis des Widerbeklagten ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Widerklägers als zugestanden anzunehmen (§ 296). [Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 392 bestreitet die Möglichkeit eines Vers.Urt. über die Widerklage ganz und gar.] Die Widerklage ist von Amtswegen zurückzuweisen, wenn es an den von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen mangelt.

2. Zu Abs. 1: „Auf das Verfahren, welches die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat."

Die Motive bemerken: „Ist ein Anspruch seinem Grunde nach bereits festgestellt (§ 276), so beschränkt sich die fernere Verhandlung formell auf die Liquidation, in Wirklichkeit bildet aber den Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache. Denn das Urteil ist nur ein Zwischenurteil, mithin der Anspruch des Klägers, wie er denselben in seinem Sachgesuche verfolgt, quantitativ auch noch nicht teilweise erledigt. Es erscheint daher konsequent, wenn der § 312 Abs. 1 vorschreibt, daß die §§ 295 ff. auf die Verhandlung über die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zur Anwendung kommen sollen." [Vgl. Haas Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 354 ff.]

Versäumt der Kläger den Termin, so wird er mit der Klage abgewiesen. Dieses Vers.Urt. steht nicht in Widerspruch mit dem Zwischenurteile; denn das Zw.U., das den Grund des Anspruchs feststellt, hat dem Kläger noch gar nichts zugesprochen [vgl. Troll. Vers.Urt. S. 98]. Versäumt der Beklagte den Termin, so ist das gesamte thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und, soweit es den Klagantrag rechtfertigt, nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall ist, aber die Klage abzuweisen. Das Gericht ist an die im Zw.U. erlassene Entscheidung insoferne gebunden, als es nicht im Widerspruche mit dem Zw.U. die Klage nach § 296 Abs. 2 abweisen kann, weil die Klage nicht schlüssig sei (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297). Über den Fall, daß die Verhandlung über den Betrag vor Rechtskraft des Zw.U. über den Grund angeordnet und hierauf das Zw.U. abgeändert wird, vgl. Bem. N. 4 Abs. 2 zu § 276 und Bem. Nr. 4 zu § 248. Dem Vers.Urt. wird in diesem Falle die Unterlage ebenso entzogen, wie dem Nichtversäumnisurteile.

3. Zu Abs. 2: a) Zwischenstreit ist hier nur im Sinne von „Zwischenstreit unter den Parteien" zu verstehen. In einem Zwischenstreite mit Dritten (s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 275) giebt es kein Vers.Urteil. Das gilt nicht nur für Zwischenstreitigkeiten, die durch Beschluß, sondern auch für diejenigen, welche durch Urteil zu entscheiden sind (§§ 68, 126, 352, 354), weil zur Anfechtung dieser Zwischenurteile die Beschwerde vorgesehen ist, ein Rechtsmittel, das niemals mit Einspruch konkurriert; in den Fällen der §§ 352, 354 ist ein Versäumnisverfahren auch durch die Berichterstattung ausgeschlossen. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 631, Petersen (2) S. 519, Fitting § 78 N. 26, Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 830, Troll Vers.Urt. S. 140, Faull über den Begr. u. d. prakt. Bedeutung des Zwischenstreits (Schwerin 1893) S. 89. AM. Wach Vortr. S. 119 und Struckm. Koch N. 5.] Die Mot. S. 236 zu § 302 des Entw. reden bloß von dem Zwischenstreite unter den Parteien.

Ein Zwischenstreit unter den Parteien ist ein innerhalb des Prozesses sich ergebender

Digitized by Google

Streit über ein prozessualisches Angriffs- oder Verteidigungsmittel, der nur nach mündlicher Verhandlung und nicht durch Beschluß oder Verfügung erledigt werden kann (s. Bem. Nr. 4 zu § 275). Ein Zwischenstreit liegt nicht vor, wenn gemäß § 137 eine Beschränkung der Verhandlung auf ein selbständiges materiellrechtliches Angriffs- oder Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 2 zu § 137) stattfand; daher ist in diesem Falle kein Versäumniszwischenurteil möglich. [AM. unter Verkennung des Begriffs „Zwischenstreit" Müller Ztschr. f. d. CPr. IV S. 321 ff.]

b) Das Gericht kann keinen Zwischenstreit durch Trennung von dem sonstigen Prozeßstoff schaffen. Der Zwischenstreit existiert von selbst, sobald sich ein Streit der bezeichneten Art unter den Parteien ergiebt. Das Gericht kann aber, wenn ein solcher Zwischenstreit existiert, bestimmen, daß in dem nächsten Termine lediglich über den Zwischenstreit verhandelt werde, und wenn dies geschehen ist, aber auch nur dann, beschränken sich bei Ausbleiben einer Partei die Versäumnisfolgen auf den Zwischenstreit. In den Fällen der §§ 315 Abs. 2, 331 kann ein solcher Termin unumgänglich sein; sonst steht die Beschränkung im Ermessen des Gerichts. [Vgl. Faull a. a. O. S. 56 ff. AM. Troll a. a. O. S. 142, der die Beschränkung überhaupt nur in den Fällen der §§ 315, 331 zuläßt.] Die Partei kann die Beschränkung nicht durch Ladung zur Verhandlung über den Zwischenstreit herbeiführen.

c) Bei der entsprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 295—311 ist § 295 auf die Versäumnis des Angreifers, § 296 auf die des Angegriffenen anzuwenden. Z. B. A verlangt von B die Vorlegung einer Urkunde; B bestreitet hierzu verpflichtet zu sein; das Gericht bestimmt Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit. Bleibt A aus, so wird sein Editionsantrag durch Versäumnisurteil abgewiesen. Bleibt B aus, so ist das thatsächliche Vorbringen des A, worauf sich sein Antrag stützt, als zugestanden anzunehmen und, wenn dieses den Editionsantrag rechtfertigt, durch Versäumniszwischenurteil nach Antrag zu erkennen; wenn dies nicht der Fall ist, der Editionsantrag abzuweisen. Oder A verlangt, daß X als Zeuge vernommen werde, B protestiert gegen die Vernehmung als unzulässig; das Gericht bestimmt Termin lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit. Bleibt A aus, so ergeht Versäumnisurteil auf Abweisung seines Antrags; bleibt B aus, so gelten die Behauptungen des A, auf die er die Zulässigkeit der Vernehmung stützt, als zugestanden; wenn hiernach die Vernehmung zulässig erscheint, ist dem Antrage auf Vernehmung durch Versäumniszwischenurteil stattzugeben, außerdem ist er durch (kontradiktorisches) Zwischenurteil abzuweisen. Entsprechend gestaltet sich die Prozeßlage bei dem Zwischenstreite über die Beeidigung eines Zeugen; der Beweisführer ist der Angreifer, der Gegner der Angegriffene. Dabei ist noch zu beachten, daß die Versäumnisfolgen des § 296 sich nicht auf solche Punkte beziehen, die von Amtswegen zu prüfen sind (vgl. Bem. Nr. 8 Abs. 1 zu § 261), und daß daher in Zwischenstreitigkeiten über solche Punkte Versäumniszwischenurteile überhaupt nicht erlassen werden können. [Vgl. Faull a. a. O. S. 50 f., 76 ff., wo übrigens nicht alle Einzelheiten richtig sind.]

Gegen das Versäumniszwischenurteil steht der Partei, gegen die es Versäumnisfolgen verhängt, der Einspruch zu. Die Einspruchsfrist beginnt mit der Zustellung des Zwischenurteils. Auf die Einspruchserhebung und -verhandlung finden die §§ 305—309 entsprechende Anwendung. Das zweite Versäumniszwischenurteil (§ 310) ist nicht mehr durch Einspruch anfechtbar. — Vom Gegner kann das Versäumniszwischenurteil nur durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden. Das Versäumniszwischenurteil bindet, solange es nicht durch Einspruch beseitigt ist, nicht bloß das Gericht, von dem es erlassen ist, sondern auch die Rechtsmittelinstanzen. Näheres s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

d) Nach Erlassung des Versäumnisurteils kann das Verfahren in der Hauptsache

Digitized by Google

erst fortgesetzt werden, wenn die Einspruchsfrist abgelaufen oder der Einspruch erledigt ist. Die Fortsetzung des Verfahrens zur Hauptsache auf der Basis des vorläufig bindenden, aber durch Einspruch zu beseitigenden Zwischenurteils würde zu der Möglichkeit eines kontradiktorischen Urteils zur Sache führen, dem hintendrein durch Einspruch gegen das Zwischenurteil das Fundament ganz oder zum Teile entzogen werden könnte. Deswegen wäre es jedenfalls unzweckmäßig, über die Hauptsache vor Ablauf der Einspruchsfrist oder Erledigung des Einspruchs zu verhandeln. Aber diese Verhandlung ist nicht bloß unzweckmäßig, sondern unstatthaft. In § 217 ist ausdrücklich gesagt, daß die Verhandlung zur Hauptsache erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder Erledigung des Einspruchs statthaft ist. Daraus ein arg. a contr. zu Gunsten der Statthaftigkeit der Verhandlung zur Hauptsache vor Ablauf der Einspruchsfrist in anderen Fällen zu ziehen, wäre ganz verkehrt. Vielmehr ist in § 217 nur für einen Fall ausgesprochen, was sich aus der Natur eines Versäumniszwischenurteils ergiebt. Die Motive zu § 312 (S. 237) bemerken mit Bezug auf das Versäumniszwischenurteil des § 430:

„Ist das Versäumniszwischenurteil ergangen, so kann, wenn gegen dasselbe der Einspruch statthaft ist, erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder erst nach Erledigung des eingelegten Einspruchs weiter verhandelt und die aus der Verweigerung des Eides sich ergebende Folge durch Urteil realisiert werden. Dadurch wird dem Gerichte die vielfach schwierige und Zeit raubende Arbeit erspart, ein Urteil abzufassen, welches zusammenfällt, wenn im Verfolge der Einlegung eines zulässigen Einspruchs der Eid nachträglich geleistet wird, und überdies die Erlassung eines Urteils vermieden, welches sich aus einem Versäumnisurteile — (aus dem Ausspruche, daß der Eid als verweigert anzusehen sei) — und aus einem kontradiktorischen Urteile — (aus dem Ausspruche, welcher die Verweigerung des Eides realisiert) — zusammensetzt."

Diese Gründe treffen auch bei anderen Versäumniszwischenurteilen zu. [Vgl. Schollmeyer Zwischenstreit S. 39, Gaupp I S. 632, Troll Vers.Urt. S. 146, Faull a. a. O. S. 74. In der Litteratur ist zumeist nur die Frage behandelt, ob nach dem Versäumniszwischenurteile des § 430 das Verfahren bis nach Ablauf der Einspruchsfrist ꝛc. einzustellen sei, und bejahend beantwortet; vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 430, Wilm. Levy N. 2 Abs. 3 zu § 427 und Bem. Nr. 2 zu § 430, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 238, Boas eod. XXV S. 577, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 502, Brettner eod. III S. 342, Bolgiano eod. V S. 199 N. 4. AM. nur Hellmann Komm. II S. 341 u. Lehrb. S. 642. Dessen Beweisführung aus § 283 Abs. 2 ist unschlüssig. Denn § 283 Abs. 2 enthält den Vorbehalt „soweit nicht dieses Gesetz ein anderes bestimmt". Nun ist aber gerade das die Frage, ob nicht das Gesetz, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch durch die Konstruktion von Versäumniszwischenurteilen hinsichtlich der Fortsetzung des Verfahrens ein anderes bestimmt hat.] — Ist ein zweites Versäumniszwischenurteil nach § 310 ergangen, so ist weitere Verhandlung sogleich zulässig. Denn ein derartiges Zwischenurteil ist gar nicht selbständig, sondern erst durch Rechtsmittel gegen das Endurteil nach Maßgabe der §§ 473, 474, 510, 529 anfechtbar. [Unrichtig Brettner eod. III S. 342.]

e) Die Motive heben noch besonders hervor: „Ist der Termin zur Verhandlung eines Zwischenstreits und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmt, so ergeht, wenn derselbe versäumt wird, ein Versäumnisurteil zur Hauptsache — ein Versäumnisendurteil. Erscheint der Gegner des Antragstellers im Zwischenstreite in dem zur Verhandlung des letzteren und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmten Termine, verhandelt zur Hauptsache, aber nicht über den Zwischenstreit, so liegt, wie im Falle des § 299, ein unvollständiges Verhandeln vor. Versäumnisverfahren und Versäumniszwischenurteil greifen nicht Platz; den Gegner des Antragstellers treffen die Folgen unvollständigen Verhandelns; das Urteil, welches erlassen wird, ist kontradiktorisch."

Ausnahmen: § 217 Abs. 4 (cf. § 223 Abs. 2) und § 430,

Digitized by Google

Vierter Titel.

Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

1. Aus den Motiven S. 238 f.: „Die Vorschriften des Titels beruhen auf folgenden Gedanken:

I. In Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen handelt es sich neben einem verwickelten Materiale von Thatsachen und Beweisen vielfach um eine große Zahl von einzelnen Streitpunkten, welche in der mündlichen Verhandlung schwer zu übersehen und ohne unverhältnismäßige Verzögerung des Prozesses auch nicht getrennt vor einem Kollegium zu verhandeln sind. Namentlich ist dies der Fall, wenn über die Richtigkeit einer aus vielen einzelnen Posten bestehenden Rechnung oder eines umfangreichen Inventars gestritten wird, bei Auseinandersetzungen zwischen Pächter und Verpächter, Eigentümer und Nießbraucher, Trennung des Lehens vom Allod, bei Nachlaßregulierungen u. a.

In besonders verwickelten Fällen dieser Art erscheint es ebenso einfach und natürlich, von den Vorteilen schriftlicher Instruktion des Prozesses Gebrauch zu machen. Demnach kann das Prozeßgericht auf Antrag oder von Amtswegen die Fortsetzung der Verhandlung einem Richterkommissare übertragen (§ 313), welcher das gesamte thatsächliche Material schriftlich und endgültig zu fixieren hat, so daß der nach der thatsächlichen Seite, in Angriff wie in Verteidigung völlig abgeschlossene Rechtsstreit lediglich zur Verhandlung über den Rechtspunkt und zur Entscheidung (durch Endurteil, Teilurteil, Zwischenurteil oder Beweisbeschluß) vor das erkennende Gericht zurückkehrt (§§ 315, 319). Der prinzipielle Gegensatz zum gewöhnlichen Verfahren ist damit gegeben; in diesem bildet die mündliche Verhandlung die Grundlage für die richterliche Entscheidung, in dem Ausnahmeverfahren erfolgt sie auf Grund der Akten (§ 318); dort dienen die Schriftsätze lediglich zur Vorbereitung der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter, hier ist der Schwerpunkt des Prozesses in die schriftlich zu fixierende Verhandlung vor dem Gerichtskommissare verlegt, die sonach in einem ganz anderen Sinne die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbereitet; dort herrscht der Mündlichkeit entsprechend bei jeder mündlichen Verhandlung die freieste Bewegung im Vorbringen neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel, neuer Thatsachen und Beweise, hier die dem schriftlichen Prozesse eigentümliche Eventualmaxime; die Verhandlung vor dem Kommissare ist mit bindendem und präkludierendem Charakter bekleidet.

II. Das kommissarische Verfahren kann, wie die Vorschrift des § 250 ergiebt, nur in einem Verhandlungstermine und erst nach vorgängiger Erledigung etwaiger prozeßhindernder Einreden, übrigens aber bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache angeordnet werden. Die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden dem Prozeßgerichte abzunehmen, dafür wird niemals ein Bedürfnis obwalten, da es sich hierbei entweder um reine Rechtsfragen oder durchaus einfache thatsächliche Verhältnisse handelt (hannov. Prot. XVI S. 6053, 6054; Baden § 344). Zudem bietet die erste vor dem Prozeßgerichte notwendig stattfindende Verhandlung ihren Nutzen bezüglich der Beendigung des Prozesses durch Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, hinsichtlich der Berichtigung des Legitimationspunktes, der Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters für mehrere Streitgenossen, der Erhebung und Erledigung von Inzidentpunkten aller Art, der Erklärung von Seiten eines Litisdenunziaten ꝛc.

III. Über unbestrittene und zur Entscheidung reife Ansprüche (liquide Saldos — vgl. nordd. Prot. III S. 1194) kann das Prozeßgericht sowohl bei Anordnung des vorbereitenden Verfahrens als im späteren Verlaufe des Rechtsstreits (§ 318) durch Teilurteil erkennen (vgl. nordd. Entw. § 748).

IV. Das Verfahren vor dem Richterkommissare richtet sich nach den Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 315 Abs. 2), so daß insbesondere Anwaltszwang in demselben nicht gilt (§ 74).

V. Das hier geordnete Verfahren vor dem beauftragten Richter findet nur in den bei Landgerichten anhängigen Sachen Anwendung, nicht in amtsgerichtlichen Sachen (§ 469)."

Digitized by Google

2. Nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197) § 15 kann das vorbereitende Verfahren von dem Konsulargerichte, nach RG. v. 17. April 1886 in der Redaktion der Bekanntm. v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 2 auch von den Gerichten der deutschen Schutzgebiete angeordnet werden, obwohl für diese Gerichte sonst die Bestimmungen der CPrO. über das Verfahren vor den Amtsgerichten gelten.

3. Das vorbereitende Verfahren ist nicht öffentlich (arg. GVG. § 170). — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 20 Nr. 2, 28, GO. f. RA. 6 Abs. 2, 25.

§ 313.

Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus, so kann das Prozeßgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen.

Mot. S. 237—240. KPr. S. 115, 548.

1. Vgl. § 250 nebst den Bemerkungen. Das vorbereitende Verfahren ist ein Notbehelf von dem nur in Ausnahmefällen Gebrauch zu machen ist. Eine Ausdehnung auf umfangreiche Prozesse überhaupt ist unstatthaft. Im Urkunden- und Wechselprozesse kann das vorb. Verf. nicht angeordnet werden, weil diese Prozeßart für Prozesse der in § 313 bezeichneten Art nicht zulässig ist. [Vgl. Stein Urk.Proz. S. 172.]

2. „Vor einem beauftragten Richter" d. i. vor einem Mitgliede des Gerichts. In den Prozessen vor der Kammer für Handelssachen kann ein Handelsrichter beauftragt werden, denn er ist Gerichtsmitglied. [AM. nur Kleiner II S. 214.]

3. Wegen Anfechtung des Beschlusses s. Bem. Nr. 1 zu § 250.

§ 314.

Bei der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

Mot. S. 237—240. KPr. S. 115, 116, 548.

Der Beschluß wird verkündet, nicht zugestellt. Zu dem Termine vor dem beauftragten Richter ist keine Ladung erforderlich, auch dann nicht, wenn bei Verkündung des Beschlusses die Terminsbestimmung unterblieb. In diesem Falle bestimmt der beauftragte Richter den Termin von Amtswegen und läßt die Terminsbestimmung ohne das Formale der Ladung beiden Parteien von Amtswegen zustellen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III litt. i vor § 191). Da keine Ladung erfordert wird, so ist auch die Einhaltung der Ladungsfrist nicht geboten. Reicht ein Termin zur Erledigung des Beschlusses nicht aus, so setzt der beauftragte Richter den Termin zur Fortsetzung der Verhandlung an. Auch dazu bedarf es nicht der Ladung. Ausnahme: § 316.

§ 315.

In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

1) **welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht werden;**

Digitized by Google

2) welche Ansprüche und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;

3) in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Verteidigungsmittel das Sachverhältnis nebst den von den Parteien bezeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Anträgen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urteils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

Mot. S. 137—241. KPr. S. 116, 548.

1. In dem vorbereitenden Verfahren sind nicht bloß die Ansprüche, sondern es ist alles, was zu Angriff und Verteidigung dient, also insbesondere die zur Begründung der Ansprüche und der Verteidigung nötigen thatsächlichen Behauptungen, ferner alle Beweismittel, Beweiserklärungen und Beweiseinreden, diese wieder mit thatsächlicher Begründung, bei Meidung der in § 319 angedrohten Präklusion vorzubringen und zu Protokoll festzustellen. Das Gesetz steht auf einem anderen Standpunkte, als der preuß. Entw. (§§ 785, 788, 789) und der nordd. Entw. (§§ 744, 746), nach denen das vorbereitende Verfahren nur zur Sichtung der Ansprüche und der dagegen erhobenen Erinnerungen bestimmt war.

2. Für das Protokoll gelten die Vorschriften des § 145. Der Richter hat für die entsprechende Redaktion des Protokolls zu sorgen. Schriftsätze, die von den Parteien in der Verhandlung überreicht werden, sind dem Protokolle als Anlagen beizufügen. Soweit solche Schriftsätze den Vorschriften des § 315 entsprechen, kann dadurch das Protokoll entlastet werden; denn nach § 146 Abs. 3 steht der Aufnahme in das Protokoll die Aufnahme in eine dem Protokolle als Anlage beigefügte Schrift gleich. Doch kann die Errichtung des Protokolls bei Überreichung von Schriftsätzen nicht unterbleiben und die Protokollierung nur soweit durch Anlagen ersetzt werden, als der Inhalt der Schriftsätze reicht (KPr. S. 116).

3. Zu Nr. 1: „Ansprüche" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. „Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137. Sowohl materiellrechtliche, wie prozeßrechtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel müssen vorgebracht werden.

4. Zu Nr. 2: Ein Anspruch ist streitig, wenn er nicht anerkannt ist; ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist streitig, wenn die zu dessen Begründung angeführten thatsächlichen Behauptungen oder die daraus gezogenen Rechtsfolgerungen bestritten sind.

5. Zu Nr. 3: Die Bezeichnung der Beweismittel muß den Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels entsprechen.

6. Zu Abs. 2: Es besteht kein Anwaltszwang. Der beauftragte Richterkommissar hat alle nach §§ 130, 132—135, 142—145, 464 dem Vorsitzenden in Bezug auf die Prozeßleitung gewährten Befugnisse; er hat dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen. — In der Verhandlung muß ein Zeitpunkt eintreten, wo ein Urteil über den Rechtsstreit selbst oder über einen Zwischenstreit (s. § 275) oder ein Beweisbeschluß zu erlassen ist. Ist dieser Zeitpunkt gekommen, so ist das vorbereitende Verfahren zu schließen. Hält das Prozeßgericht eine Ergänzung für nötig, die sich nicht in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte sofort erreichen läßt, so kann es die Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens anordnen.

Digitized by Google

7. Widerklagen können im vorb. Verf. erhoben werden; sie werden anhängig durch den Vortrag vor dem beauftr. Richter [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 129].

§ 316.

Erscheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mitteilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

Mot. S. 240—242. KPr. S. 116, 548.

1. Bleiben beide Parteien in dem Termine vor dem beauftragten Richter aus, so ruht das Verfahren (§ 228), da die kommissarische Verhandlung Fortsetzung der Hauptverhandlung ist (Mot. S. 241, nordd. Prot. III S. 1193). Erscheint nur eine Partei, so verhandelt diese allein. Dann wird ein neuer Termin von Amtswegen anberaumt. Zu diesem Termine muß die nicht erschienene Partei durch die erschienene [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 666 ff., 834. AM. Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 403 ff.] unter Mitteilung einer Protokollsabschrift und Einhaltung der Ladungsfrist geladen werden (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 191 S. 251). Die Ladung kann durch den Gerichtsschreiber vermittelt werden (§ 462). — Es kann vorkommen, daß in dem ersten Termine nur der Kläger, in dem zweiten nur der Beklagte, in dem dritten nur der Kläger erscheint u. s. w.

2. Erscheint die in dem früheren Termine ausgebliebene Partei (einerlei ob Kläger oder Beklagter) auch in dem neuen Termine nicht, so tritt unter der Voraussetzung der rechtzeitigen und ordnungsmäßigen Ladung und Mitteilung des Protokolls ohne Antrag die Versäumnisfolge des § 296 ein; die Partei wird mit dem Bestreiten der in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen ausgeschlossen. Das vorbereitende Verfahren darüber ist zu Ende. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um eine zweimalige denselben Punkt betreffende Versäumung vor dem Kommissar handelt. Werden in dem zweiten Termine von der erschienenen Partei neue Ansprüche oder neue Thatsachen vorgebracht, so ist darüber das vorbereitende Verfahren fortzusetzen. Dann ist der säumigen Partei immer noch Gelegenheit geboten, sich über das neue Vorbringen zu erklären. Was eine Partei bereits früher zu Protokoll erklärt hatte, wird übrigens durch ihre spätere zweimalige Säumnis nicht berührt und bleibt ihr für die mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgerichte gewahrt.

Gegen die Versäumnisfolge des § 316 giebt es keinen Einspruch und keine Restitution. Aber in der Berufungsinstanz wirkt sie nicht fort; s. Bem. Nr. 4 zu § 319.

§ 317.

Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Mot. S. 238—240. KPr. S. 176, 548.

Ist das vorbereitende Verfahren geschlossen, so legt der beauftragte Richter dem Vorsitzenden der Kammer die Akten vor, worauf dieser von Amtswegen Termin zur münd-

Digitized by Google

lichen Verhandlung ansetzt und die Terminsbestimmung beiden Parteien zustellen läßt. Bei dieser Bekanntgabe bedarf es keiner Ladung (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191 S. 251), daher auch nicht der Beobachtung der Ladungsfrist.

§ 318.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Teilurteil zu erledigen. Im übrigen ist auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen.

Mot. S. 238—242. KPr. S. 116, 117, 548.

1. Die Bem. Nr. 3 zu § 258 findet auf den Parteivortrag des § 318 Abs. 1 entsprechende Anwendung. In den Vortrag des Ergebnisses des vorbereitenden Verfahrens haben sich die Parteien nach ihren Parteirollen zu teilen.

2. a) Ist im Termine vor dem Prozeßgerichte der Kläger nicht erschienen, so ergeht ohne Antrag bezüglich der von dem Beklagten im vorbereitenden Verfahren anerkannten Ansprüche ein den Beklagten verurteilendes Teilurteil. Dieses ist kein Versäumnisurteil, kann daher mit den Rechtsmitteln angefochten werden. Im übrigen ist auf Antrag des Beklagten der Kläger mit der Klage durch Vers.Urteil gemäß § 295 abzuweisen. b) Ist der Beklagte nicht erschienen, so ergeht bezüglich der von ihm in dem vorbereitenden Verfahren anerkannten Ansprüche des Klägers ein Teilurteil wie im Falle ad a. Im übrigen ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und gemäß § 296 zu erkennen. Das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, das dem Beklagten laut Protokoll im vorb. Verf. mitgeteilt war, braucht ihm nicht durch Schriftsatz mitgeteilt zu werden. Regelmäßig ist der Kläger auf das, was zum Protokolle festgestellt ist, beschränkt (§ 319 Abs. 2). c) In beiden Versäumnisfällen kann das nicht als Versäumnisurteil ergehende Teilurteil nur die nach dem positiven Protokollinhalte ausdrücklich anerkannten, also nicht solche Ansprüche erledigen, deren thatsächliche Begründung ohne Anerkenntnis des Anspruchs eingeräumt ist. Daraus folgt, daß auf Grund des Präjudizes des § 316 Abs. 2 kein Teilurteil erfolgen kann. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 639, Petersen (2) S. 528. Unrichtig: Endemann II S. 177, Kleiner II S. 148.] Die nach § 316 Abs. 2 eingetretene Präklusion ist für das Vers.Urteil ohne Bedeutung. d) Soweit das Urteil Versäumnisurteil ist, kann es durch Einspruch angefochten werden. Der Einspruch versetzt in die frühere Prozeßlage zurück; die nach § 316 Abs. 2 eingetretene Präklusion wird dabei wieder bedeutsam.

§ 319.

Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.

Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden,

Digitized by Google

wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

Mot. S. 238—242. KPr. S. 116—118, 548. Kommissionsbericht vom 19. Okt. 1876 S. 7. Prot. der 168sten Sitzung S. 7, 8. Prot. der 169sten Sitzung S. 11.

1. Die Vorschriften des § 319 sind zunächst für den Fall bestimmt, daß in der Verhandlung vor dem Prozeßgerichte beide Parteien erschienen sind. Doch hat Abs. 2 des § 319 auch für den Fall, daß der Beklagte nicht erschienen ist, eine gewisse Bedeutung; s. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 318.

2. Abs. 2 spricht die Präklusion aller vor dem beauftragten Richter unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen (§ 129), Urkunden (§ 404), Eideszuschiebungen (§ 417) für die mündliche Schlußverhandlung aus. Es treten sonach die Rechtsfolgen ein, die die §§ 129 Abs. 2, 404 Abs. 2, 417 Abs. 2 auf die Unterlassung der Erklärung setzen, ohne daß dagegen in der Instanz eine Abhülfe möglich wäre. Dafür, daß die Präklusion nicht zu scharf wirke, sorgt der zweite Satz des Abs. 1. Wegen Unterlassung der Erklärung ist eine Thatsache als zugestanden, eine Urkunde als anerkannt, ein Eid als verweigert nur anzusehen, wenn in dem Protokolle des beauftragten Richters festgestellt ist, daß die Partei von dem Richter zur Erklärung darüber aufgefordert worden ist (KPr. S. 117, 118). Vgl. a. § 468.

3. Während im gewöhnlichen Verfahren durch Erweiterung der Klage, Klageänderung, Widerklage, Inzidentklage und -widerklage neue Ansprüche (Anträge), sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel einschließlich von Beweismitteln und Beweiseinreden (§§ 251, 256) bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, geltend gemacht werden können, tritt nach § 319 Abs. 2 mit dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens die Präklusion ein. Nur aus dem restitutionsähnlichen Grunde, daß ein Anspruch, ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, ein Beweismittel oder eine Beweiseinrede erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei, und nur bei Glaubhaftmachung (§ 266) dieses Grundes werden jene Prozeßhandlungen nachträglich zugelassen. Ob ein nachträgliches Vorbringen zuzulassen ist, darüber hat das Gericht von Amtswegen zu befinden. Die Einwilligung des Gegners genügt nicht; denn Versäumnisfolgen können nicht durch Einwilligung des Gegners beseitigt werden. [Vgl. Gaupp I S. 640, Hellmann Lehrb. S. 658, Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 212 N. 5. AM. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 1, Endemann II S. 178, 181.] Über zugelassene Nova ist der Gegner zu hören. Sollte sich das Verfahren wieder komplizieren, so kann neue kommissarische Verhandlung angeordnet werden.

4. Die nach § 319 Abs. 2 eingetretene Präklusion wirkt nicht für die Berufungsinstanz (Komm.Ber. S. 7). In der 168. Sitz. d. JK. d. RT. war angeregt worden, in einem Zusatze zu bestimmen, daß die Wirkungen des § 319 auch für die Berufungsinstanz fortdauern. Aber eine solche Bestimmung ward nicht getroffen (Prot. der 169. Sitz. S. 11). [Vgl. Stegemann Mag. f. DR. IV S. 68 ff., OLG. Hamburg SA. XL Nr. 67, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 348.]

Fünfter Titel.

Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 320.

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Digitized by Google

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

Mot. S. 243. KPr. S. 118, 548.

Litteratur: v. Kries das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren d. D. Proz.Ordnungen Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 88 ff.

1. Daß die Beweisaufnahme regelmäßig vor dem Prozeßgerichte erfolgt, steht im Zusammenhange mit den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung und der freien Beweiswürdigung. Die im Gesetze vorgesehenen Ausnahmen sind in den §§ 337, 340, 347, 370, 399, 441 enthalten. Soweit das Gesetz gestattet, die Beweisaufnahme einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen, hat das Prozeßgericht zu ermessen, ob von dieser Ermächtigung im gegebenen Falle Gebrauch zu machen sei. Wird die Beweisaufnahme durch Beweisbeschluß angeordnet, so ist der Beschluß auf Übertragung der Beweisaufnahme mit jenem Beschlusse zu verbinden. Wird durch bedingtes Endurteil auf Eid erkannt, so ist die Anordnung, daß die Eidesleistung vor einem beauftr. oder ers. Richter stattfinde (§ 441), erst nach Rechtskraft des Urteils durch Beschluß zu erlassen [RG. 23. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1151]. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erfolgen; denn im Gesetze ist nicht vorgesehen, daß eine derartige Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen könne. [Vgl. Gaupp I S. 641 N. 3, Planck II S. 184 f. AM. RG. 11. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 101 S. 412, OLG. Hamburg SA. XLIX Nr. 211.] Der Beschluß, wodurch eine Übertragung der Beweisaufnahme oder, entgegen einem Antrage auf Übertragung, die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte angeordnet wird, kann von den Parteien nicht angefochten werden; er unterliegt daher weder der Beschwerde noch der Beurteilung des Berufungs- und Revisionsgerichts (§§ 473, 510). [Vgl. RG. 12. Febr. 1884 Entsch. IX Nr. 97 S. 377, 17. Sept. 1891 SA. XLVIII Nr. 71, Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 14 f. AM. OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 211.]

Das Prozeßgericht kann den Beschluß zurücknehmen; es kann eine Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte beschließen, soweit sie nicht, wie bei Eidesleistung, durch die Art der Beweisaufnahme ausgeschlossen ist.

2. „Einem Mitgliede des Prozeßgerichts". Dies kann auch ein nicht bei dem Beweisbeschlusse beteiligtes Mitglied sein. In Prozessen vor den Handelskammern kann auch ein Handelsrichter beauftragt werden.

3. „Einem anderen Gerichte", d. i. dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll (GVG. § 158, vgl. a. § 441 Abs. 2). Das Kollegialgericht kann auch dem an demselben Orte befindlichen Amtsgerichte die Beweisaufnahme übertragen. Auf die Beweisaufnahme im Auslande (§§ 328, 329) bezieht sich § 320 und beziehen sich die §§ 337, 340, 347, 370, 399, 441 überhaupt nicht [RG. 8. Mai 1880 Entsch. II Nr. 100 S. 373]. — Wegen Ablehnung des Ersuchens s. GVG. § 159.

4. Dem beauftragten oder ersuchten Richter steht nur die Beweisaufnahme zu, die im Beweisbeschlusse angeordnet ist [vgl. Hergenhahn Mag. f. DR. VIII S. 102].

5. Im Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 43 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

§ 321.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem

Digitized by Google

Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Mot. S. 244. KPr. S. 118, 548.

1. § 321 ist insbesondere anzuwenden, wenn die Beweisantretung sich auf abwesende, weit entfernte oder schwer zu ermittelnde Zeugen oder auf Urkunden bezieht, die nicht sogleich aufzufinden oder von den Besitzern nicht sofort, sondern nur auf dem Wege eines besonderen Editionsprozesses (§ 396) zu erlangen sind, und dergl. Die Bestimmung und die Länge der Frist steht im richterlichen Ermessen. Die Frist kann verlängert werden (§ 202 ff.). Ihre Versäumung hat kraft Gesetzes, ohne richterlichen Ausspruch, die Ausschließung des betreffenden Beweismittels zur Folge (§§ 208, 209). Die nachträgliche Benutzung des Beweismittels ist mit des Gegners Genehmigung stets, ohne dessen Einwilligung aber nur dann zulässig, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird. Ein durch Ablauf der Frist in der ersten Instanz ausgeschlossenes Beweismittel kann in der Berufungsinstanz benutzt werden.

2. Die Frist kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Beschluß bestimmt werden. Beschwerde ist nicht zulässig. — Nach Ablauf der Frist wird nicht von Amtswegen Termin bestimmt, sondern die Parteien haben den Prozeß zu betreiben (Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191 S. 250).

§ 322.

Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

Mot. S. 244. KPr. S. 118, 548.

1. Die Parteien haben das Recht, der Beweisaufnahme beizuwohnen. Daher ist ihnen oder ihren Bevollmächtigten (§ 162) jede nicht verkündete Bestimmung eines Termins zur Beweisaufnahme so zeitig zuzustellen, daß sie beiwohnen können; vgl. § 326. Hat keine rechtzeitige Zustellung stattgefunden, so ist die Beweisaufnahme ungültig; die Ungültigkeit muß aber bei Verlust des Rügerechts in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden (§ 267). [Vgl. Neubauer Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 95 ff., RG. 14. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 105 S. 353, 26. Mai 1886 Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 95, KG. Berlin eod. S. 99 u. 101.] Findet die Beweisaufnahme vor einem Land- oder einem höheren Gerichte statt, so kann die Partei ohne Anwalt zwar anwesend sein, aber nicht auf die Beweisaufnahme einwirken, da sie ohne Anwalt keine Prozeßhandlungen vornehmen kann. Neben dem Anwalte kann die Partei das Wort verlangen (§ 128 Abs. 4). Findet die Beweisaufnahme vor einem Amtsgerichte als Prozeßgericht oder vor einem beauftr. oder ers. Richter statt, so können die Parteien selbst erscheinen oder sich durch beliebige Bevollmächtigte vertreten lassen, auch Beistände mitbringen. Eine nicht prozeßfähige Partei kann nicht verlangen, persönlich zugelassen zu werden [RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1094].

2. Nach EG. § 5 kann durch Landesgesetz die Befugnis der Parteien, der Vernehmung oder Beeidigung von Landesherren, Mitgliedern der landesherrlichen Familien und der fürstl. Familie Hohenzollern anzuwohnen, ausgeschlossen werden.

§ 323.

Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluß anzuordnen.

Mot. S. 195—204, 244. KPr. S. 118, 548.

1. Die Beweisaufnahme erfordert kein besonderes Verfahren, z. B. wenn in der mündlichen Verhandlung die Urkunde vorgelegt wird, die Zeugen oder Sachverständigen

Digitized by Google

ohne Ladung erschienen sind oder wenn der Gegenstand der Augenscheinseinnahme vorgelegt ist.

2. Über die Natur des Beweisbeschlusses vgl. die §§ 255—257 nebst den Bemerkungen.

§ 324.

Der Beweisbeschluß enthält:

1) **die Bezeichnung der streitigen Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist;**
2) **die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;**
3) **die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;**
4) **die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet wird.**

Mot. S. 30—36, 244, 245. KPr. S. 125, 548.

1. Da in demselben Prozesse mehrere Beweisbeschlüsse erlassen werden können, so hat das Gericht es in der Hand, zunächst einen Beweisbeschluß in Bezug auf die Behauptungen des Klägers zu erlassen, dann nach Bedürfnis zum Beweise der Einreden des Beklagten fortzuschreiten u. s. w. Doch kann das Gericht auch über alle streitigen Behauptungen zugleich Beweis anordnen und eventuell, jedoch immer erst nach mündlicher Verhandlung, den teilweise unerledigten Beweisbeschluß zurücknehmen, wenn der Rechtsstreit, z. B. durch negatives Ergebnis der Beweisaufnahme bezüglich des Klagegrundes, spruchreif ist. Auch das ist nicht ausgeschlossen, daß der Beweisbeschluß sich zunächst nur auf Einredebehauptungen des Beklagten erstreckt, während beweisbedürftige Klagebehauptungen in suspenso bleiben.

2. Zu Nr. 1: Die streitigen Thatsachen sind im Anschlusse an die Behauptungen der Partei zu bezeichnen. Wörtliche Wiedergabe der Behauptungen ist aber nicht geboten. Der Gebrauch gemeinverständlicher juristischer Begriffe ist zulässig. Da nach dem Beweisbeschlusse neue Behauptungen möglich sind, so kann auch ein Beweisergebnis, das von dem Beweisthema des Beschlusses abweicht, von den Parteien benutzt werden.

3. Zu Nr. 2: Die Zeugen und die Sachverständigen sind nach Namen, Stand und Wohnort zu benennen. — Ausnahmen: §§ 337 Abs. 2, 370.

4. Zu Nr. 3: Durch diese Bezeichnung wird die Partei nicht als beweispflichtig eingeführt.

5. Zu Nr. 4: Auf die Leistung eines Eides ist regelmäßig durch bedingtes Endurteil zu erkennen (§§ 425, 439 Abs. 2); die Ausnahmen s. § 426 nebst den Bemerkungen und § 558 Abs. 4.

6. Im Beweisbeschlusse ist es auszusprechen, wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte, sondern durch einen beauftr. oder ers. Richter oder nach § 329 erfolgen soll. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin im Beweisbeschlusse zu bestimmen.

§ 325.

Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Änderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.

Mot. S. 30—36, 245. KPr. S. 125, 548.

1. Die Motive bemerken: „Die Vorschrift des § 325 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses, als einer richterlichen, prozeßleitenden

Digitized by Google

Verfügung, nicht durch Abänderungsanträge gestört und verzögert werden darf (vgl. hann. Prot. VI S. 2032 ff., XV 5591—5599, nordd. Prot. II S. 645). Keine der Parteien soll mit der Behauptung den Beweisbeschluß anfechten dürfen, es habe auf Grund der dem letzteren vorangegangenen Verhandlungen kein oder ein anderer Beweis angeordnet werden müssen. Wenn dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß die Partei auf Grund neuer Momente eine Ausdehnung des Beweisbeschlusses in Antrag bringen kann, die sich dann als ein neuer Beweisbeschluß qualifizieren würde, so wird sie unter Umständen auch mit dem Verlangen zu hören sein, daß zur Ersparung von Zeit und Kosten mit der weiteren Beweisaufnahme eingehalten werde, wie dies in den häufigen Fällen geschehen mag, wo durch Erhebung eines Teils des in größerem Umfange angeordneten Beweises die Entscheidung schon gegeben, z. B. eines von mehreren streitigen Klagefundamenten, eine von mehreren durchgreifenden Einwendungen erwiesen und damit jeder weitere Beweis erübrigt ist.

Für das Gericht folgt die Befugnis, den Beweisbeschluß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen, ohne weiteres aus der Natur des letzteren als eines prozeßleitenden, jederzeit abänderlichen Dekrets."

2. Die Bedeutung des § 325 ist trotz der vorstehenden Erläuterung der Motive nicht über Zweifeln erhaben. Bedenken erregen die Worte „vor Erledigung des B." Nach Erledigung des Beweisbeschlusses kann von einer Änderung des Beschlusses überhaupt nicht mehr die Rede sein, sondern nur von einem neuen Beweisbeschlusse oder von einem Urteile, das mit dem früheren Beweisbeschlusse inhaltlich nicht im Einklange steht. Daß nach Erledigung eines Beweisbeschlusses auf Grund mündlicher Verhandlung ein neuer Beweisbeschluß beantragt und erlassen werden kann, ergiebt sich doch wohl schon aus §§ 251, 256 und per arg. a contr. aus § 289; denn der Beweisbeschluß bildet keine Cäsur des Verfahrens und bindet weder das Gericht noch die Parteien. Die Worte „vor Erledigung des B." sind also nicht zu urgieren. Vielmehr muß der Ton darauf gelegt werden, daß Anträge auf Änderung eines Beweisbeschlusses „auf Grund der früheren Verhandlungen" ausgeschlossen werden sollen, während solche Anträge auf Grund neuer Verhandlungen zulässig sind. Neue Verhandlungen sind aber nicht in dem Sinne zu verstehen, daß es genügt, wenn überhaupt noch eine mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgerichte stattfand — denn sonst hätte die Vorschrift keine Bedeutung, weil jede Partei die andere auch nach einem Beweisbeschlusse zu mündlicher Verhandlung laden kann [irrtümlich wird das von Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 17 bestritten]; sondern neue Verhandlungen sind diejenigen, wodurch neue Angriffs-, Verteidigungs-, Beweismittel oder Beweisergebnisse vorgebracht werden. Will also eine Partei vor Erledigung des Beweisbeschlusses eine Änderung des Beschlusses herbeiführen, so muß sie den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Prozeßgericht laden; der Vorsitzende darf die Terminsbestimmung nicht versagen. Einer Ladung bedarf es nicht, wenn die Beweiserhebung vor dem Prozeßgerichte stattfindet. Bringt sie in dem Termine Neues vor, so kann das Gericht eine Änderung beschließen [vgl. RG. 30. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 101 S. 369, wo anerkannt ist, daß § 325 dem Antrage auf Zurücknahme eines Beweisbeschlusses auf Eidesleistung wegen prozessualischer Unzulässigkeit dieses Beschlusses nicht im Wege steht]. Wird aber Neues in der Verhandlung nicht vorgebracht, so ist der Antrag auf Abänderung zu verwerfen. Übrigens kann das Gericht von Amtswegen jeden Beweisbeschluß abändern, jedoch nur nach neuer mündlicher Verhandlung. [Vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 263.]

§ 326.

Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird bei Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden

Digitized by Google

der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.

Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Die Verkündung gilt auch gegenüber der nicht erschienenen Partei (§§ 195, 283, 294 Abs. 2).

2. Ist bei Verkündung des Beweisbeschlusses die Terminsbestimmung unterblieben, so hat der beauftragte Richter von Amtswegen den Termin zu bestimmen und die Terminsbestimmung den Parteien zustellen zu lassen. Einer Ladung bedarf es nicht, daher ist keine Ladungsfrist einzuhalten (Bem. Nr. 2 Ziff. IV vor § 191); wohl aber muß die Zustellung so zeitig erfolgen, daß die Parteien von dem Rechte, der Beweisaufnahme beizuwohnen, Gebrauch machen können. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 322. Fortsetzungstermine sind gleichfalls von Amtswegen zu bestimmen (§ 333).

§ 327.

Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. § 327 betrifft die Fälle, in denen die Beweisaufnahme einem inländischen Gerichte („ersuchten Richter") übertragen ist. Für die Beweisaufnahme im Auslande gelten die §§ 328, 329, 334. Ob man die deutschen Schutzgebiete in Betreff einer Beweisaufnahme als Inland oder als Ausland betrachtet, ist wegen der sachlichen Übereinstimmung des dort geltenden Prozeßrechts mit dem in Deutschland geltenden fast ohne praktische Bedeutung [vgl. Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 207]. Nur die Anwendbarkeit des § 329 hängt davon ab. Zur Anwendung des § 329 aber dürfte hier kaum jemals ein Anlaß vorliegen (s. Bem. Nr. 1 zu § 329). Vgl. auch Bem. Nr. 2 zu § 328 und Bem. Nr. 5 litt. d zu § 342.

2. Das Ersuchungsschreiben ist von dem Vorsitzenden der Kammer oder des Senats oder von dem mit der Sache befaßten Einzelrichter zu erlassen. Es ist von Amtswegen durch den Gerichtsschreiber zu expedieren. Die Gerichtsakten sind, soweit sie zur Beweisaufnahme nötig sind, beizulegen. Der beauftragte Richter bestimmt von Amtswegen den Termin zur Beweisaufnahme und läßt die Terminsbestimmung den Parteien zustellen. Die Bem. Nr. 2 zu § 326 findet hierher entsprechende Anwendung.

3. Über die Beweisaufnahme und die sonstigen Verhandlungen vor dem ersuchten Richter ist ein den §§ 145—149 entsprechendes Protokoll unter Zuziehung des Gerichtsschreibers (§ 151) aufzunehmen. Dieses Protokoll nebst etwaigen bei dem ersuchten Richter überreichten Schriftsätzen, Urkunden ꝛc. ist nach Erledigung des Ersuchens von Amtswegen dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts zu übersenden. Dieser benachrichtigt die beiden Parteien von dem Eingange. Die Benachrichtigung bedarf nicht der Form der Zustellung; sie kann formlos, also auch durch ein zur Post gegebenes Schreiben oder durch Vorzeigedekret geschehen. Wegen Bestimmung des Verhandlungstermins s. § 335 Abs. 2.

Digitized by Google

§ 328.

Soll die Beweisaufnahme im Auslande erfolgen, so hat der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Unter der zuständigen Behörde ist diejenige zu verstehen, die nach der Gerichtsverfassung des fremden Staates Ersuchungsschreiben dieser Art entweder selbst zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat. — Wegen Zeugenvernehmung in England s. Parl. Akte v. 29. Juli 1856 im preuß. JMBl. 1866 S. 181 ff. u. bay. JMBl. 1882 S. 213. Zeugenvernehmungen können auf ein durch die deutsche Gesandschaft zu attestierendes Ersuchungsschreiben der Gerichtsbehörden veranlaßt werden.

2. Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so muß dieser ersucht werden. Die Befugnis, Zeugen abzuhören und Eide abzunehmen, haben nach § 20 des BG. v. 8. Nov. 1867 betr. die Organisation der Bundeskonsulate (BGBl. S. 137) nur die dazu vom Reichskanzler besonders ermächtigten Konsuln. Diese Ermächtigung kann erteilt werden, auch wenn die Konsuln sonst keine Gerichtsbarkeit haben. Sie kann natürlich mit der nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. 197) § 5 erteilten Ermächtigung zur Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit verbunden sein. Wegen der Konsulargerichtsbarkeit in Egypten s. RGBl. 1874 S. 23, 1875 S. 381, 1880 S. 145. Verzeichnisse der ermächtigten Konsuln s. preuß. JMBl. 1891 S. 344, bay. JMBl. 1886 S. 191. Die Konsuln haben bei der Beweisaufnahme die Vorschriften der CPrO. zu beachten (RG. v. 10. Juli 1879 §§ 12, 14, 15, 41). — Gesandte sind nicht befugt zur Beweisaufnahme, soweit ihnen nicht nach § 5 des RG. v. 10. Juli 1879 die Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit übertragen ist. Wegen Beweisaufnahme in den deutschen Schutzgebieten s. Bem. Nr. 1 zu § 327. Kann die Beweisaufnahme durch ein Gericht des Schutzgebietes erfolgen, so ist das Ersuchen an dieses zu richten. Vgl. Bem. Nr. 5 litt. d zu § 342.

3. Auf die Expedition des Ersuchungsschreibens findet Bem. Nr. 2 zu § 327 entsprechende Anwendung. Ob direkter Verkehr mit der ausländischen Behörde gestattet, oder eine Vermittelung durch die Justizverwaltung nötig ist, richtet sich nach den Landesgesetzen. Vgl. die in Bem. Nr. 2 zu § 182 angeführten Verträge und Verordnungen.

4. Von dem Eintreffen der ausländischen Beweisverhandlungen sind die Parteien nach Analogie des § 327 Abs. 2 zu benachrichtigen. Wegen Bestimmung des Verhandlungstermins s. § 335 Abs. 2.

§ 329.

Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Digitized by Google

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntnis zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Von den in § 329 eingeräumten Befugnissen wird das Gericht Gebrauch machen, wenn der unmittelbaren Requisition der ausländischen Behörde Bedenken entgegenstehen, z. B. wenn es zweifelhaft ist, ob und wo eine solche Behörde vorhanden oder wie sie zu bezeichnen ist (vgl. hann. Prot. VII S. 2302 ff., 2308, 2311); ferner, wenn nach den ausländischen Gesetzen bei den dortigen Behörden (z. B. in Holland) die Beweisaufnahme von dem Beweisführer selbst betrieben werden muß (Mot. S. 246; vgl. hann. Prot. VII S. 2245, preuß. JMBl. 1866 S. 182 und Voigt Arch. f. HR. IV S. 492).

Die Anwendung des § 329 ist nicht von einem Antrage abhängig.

2. Im Falle des Abs. 1 und 2 ist im Beweisbeschlusse eine von dessen Verkündung laufende richterliche Frist zu bestimmen. Auf diese Frist sowie auf die nachträgliche Benutzung der Beweisaufnahme findet Bem. Nr. 1 zu § 321 entsprechende Anwendung. Der Verhandlungstermin wird nicht von Amtswegen bestimmt. Jede Partei kann den Gegner laden. Vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191 [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 676].

3. Für die Benachrichtigung des Gegners ist nicht die Form der Zustellung gefordert. Ist die Benachrichtigung ganz unterblieben oder nach der Ansicht des Prozeßgerichts nicht rechtzeitig erfolgt, so steht die Benutzbarkeit der Beweisverhandlung für (nicht gegen) den Beweisführer im richterlichen Ermessen. Die Entscheidung über die Benutzbarkeit kann nur nach mündlicher Verhandlung durch Zwischen- oder Endurteil erfolgen. — Auf eine nicht dem Beweisführer zur Besorgung überlassene, sondern von Amtswegen betriebene Beweisaufnahme findet § 329 Abs. 4 keine Anwendung [RG. 8. Mai 1880 Entsch. II Nr. 100 S. 374].

§ 330.

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Gründe, die den beauftr. oder ers. Richter veranlassen können, ein anderes Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen, sind z. B. Entfernung der Zeugen aus dem Gerichtsbezirke, eine mit dem zu besichtigenden Gegenstande vorgenommene Ortsveränderung ꝛc. Nur wegen später sich ergebender, bei der Beschlußfassung nicht erwogener, wenn auch schon vorhandener Gründe kann der beauftr. od. ers. Richter den Auftrag weiter geben. Natürlich kann der beauftr. od. ers. Richter auch dem Prozeßgerichte die Sachlage vorstellen und die Zurücknahme des Ersuchens veranlassen.

2. Von der Verfügung, die ein anderes Gericht um die Aufnahme des Beweises ersucht, sind die Parteien ohne förmliche Zustellung in Kenntnis zu setzen.

3. Der Auftrag kann nur an ein inländisches Gericht weiter begeben werden. Dieses kann das Ersuchen nur aus den Gründen des GVG. § 159 ablehnen.

§ 331.

Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder er-

Digitized by Google

suchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozeßgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 548.

1. Der beauftragte oder ersuchte Richter ist berechtigt: a) gemäß § 207 über Anträge auf Terminsverlegung, Vertagung oder Ansetzung eines Fortsetzungstermins zu entscheiden: b) die in § 365 (cf. § 367) speziell bezeichneten Entscheidungen zu treffen; c) im Falle, daß die Ernennung der Sachverständigen dem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen war (§§ 337 Abs. 2, 370), gemäß § 371 Abs. 4 über Gesuche um Ablehnung eines Sachverständigen zu entscheiden. Bei allen anderen Streitigkeiten, von deren Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängt, z. B. darüber, ob ein Zeuge beeidigt werden darf, oder über die Berechtigung der Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens, ist die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen. [Abw. Gaupp I S. 651.]

2. Ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nötig, so giebt der beauftragte oder ersuchte Richter seine Akten an das Prozeßgericht ab. Der Vorsitzende des Prozeßgerichts bestimmt Termin zur Verhandlung über den Zwischenstreit und läßt die Terminsbestimmung ohne Ladungsformulare nach den Regeln der §§ 152 ff. zustellen (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III, IV vor § 191). Der Termin kann eventuell auch zur Verhandlung über die Sache bestimmt werden. Über Versäumung des lediglich zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmten Termins s. § 312.

§ 332.

Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 125, 126, 548.

1. § 332 gilt für die Beweisaufnahme sowohl vor dem beauftragten oder ersuchten Richter wie vor dem Prozeßgerichte. [Vgl. KPr. S. 125 f., Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 652, Peserſen (2) S. 541, Wach Vortr. S. 122 ff., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 804 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 330 f., Troll Verf.Urt. S. 18 f., RG. Entsch. I Nr. 87. Gegen Anwendung auf Beweisaufn. vor d. Prozeßgerichte: Endemann II S. 153, 194, 197 und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 191 ff., Fiſcher Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 839 ff., Brettner Mag. f. d. DR. I S. 331 ff. Die Mot. S. 245 ſcheinen für dieſe Anſicht zu ſprechen. Aber das Geſetz unterſcheidet nicht zwiſchen der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder erſuchten Richter und der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, und dabei muß es ſein Bewenden haben.]

Iſt der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte angeſetzt, ſo iſt er ge-

Digitized by Google

mäß § 335 Abs. 1 zugleich auch Verhandlungstermin. Nicht als ob zwei Termine, einer zur Beweisaufnahme, ein anderer zur Verhandlung, auf einander folgten; sondern es ist ein Termin zu dem doppelten Zwecke der Beweisaufnahme und Verhandlung. Die Beweisaufnahme, soweit sie möglich ist, geht aber voran; erst wenn das im Beweisbeschlusse angeordnete Beweisverfahren beendigt ist (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 335), tritt der andere Zweck des Termins hervor. Erscheint dann keine der Parteien, so ruht das Verfahren. Erscheint nur eine Partei, so kann sie unter den allgemeinen Voraussetzungen gegen die ausgebliebene Partei Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 erwirken. Das Versäumnisurteil kann nicht vor der Beweisaufnahme begehrt werden, wenn die Beweisaufnahme möglich ist [vgl. Barkhausen a. a. O. S. 812, RG. 20. März 1880 Entsch. I Nr. 87 S. 239]. Bei dem Versäumnisurteile wird das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht berücksichtigt (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297). Das Auffällige einer bedeutungslosen Beweisaufnahme verschwindet, wenn man erwägt, daß die Beweisaufnahme für den Fall des Einspruchs ihre volle Bedeutung hat, und daß Versäumungen, worauf kein Einspruch erfolgt, m. a. W. gewollte Versäumungen, in dem Stadium nach der Beweisaufnahme höchst selten sind. — Eine zur Beweisaufnahme nicht erschienene Partei kann zur Verhandlung erscheinen; ihr Erscheinen vor Schluß der Verhandlung verhindert das Versäumnisurteil, auch wenn sie die Beweisaufnahme versäumt hatte.

Zur Anwendung des § 332 ist erforderlich, daß die nicht erschienene Partei von dem Termine benachrichtigt worden ist (Ausnahmen in §§ 329, 454), sonst muß vertagt werden. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 322.

2. Ob eine Beweisaufnahme und wie weit sie in Abwesenheit der Parteien oder einer Partei möglich ist, ist thatsächliche Frage. Die Aufnahme eines Beweises durch Augenschein, Zeugen, Sachverständige wird regelmäßig auch in Abwesenheit der Parteien möglich sein. Anders, wenn z. B. die Partei ausbleibt, die den Gegenstand des Augenscheins oder der Begutachtung oder die dazu nötige Probe vorzulegen hat. Urkundenbeweis kann in Abwesenheit der Parteien aufgenommen werden, wenn die Urkunden, z. B. die einzusehenden Handelsbücher, dem Gerichte vorliegen. Die Aufnahme eines Beweises durch Eid ist natürlich durch das Erscheinen des Schwurpflichtigen bedingt, aber nicht durch das Erscheinen des Gegners.

3. Insoweit die Beweisaufnahme wegen Ausbleibens des Beweisführers nicht bewirkt werden kann, wird dieser von der allgemeinen Folge der Versäumung (§ 208) betroffen, also mit der Führung des nicht aufgenommenen Beweises ausgeschlossen. Die Ausschließung gilt aber nur bezüglich der angeordneten und wegen der Versäumnis nicht aufnehmbaren Beweises. Neue Behauptungen, Bestreitungen und Beweisangebote sind nicht ausgeschlossen; für neue Behauptungen ꝛc. können auch die alten Beweismittel wieder angeboten werden.

Gegen die Ausschließung ist auf Antrag des Beweisführers Inzidentrestitution zu gewähren, also die nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird, d. i. wenn der Beweis in dem Termine, in dem der Antrag gestellt wird, aufgenommen werden kann, oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht (§ 266), daß er ohne sein Verschulden außer stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und beim Antrage auf Vervollständigung außerdem noch, daß die Beweisaufnahme infolge seines Nichterscheinens in wesentlichen Punkten unvollständig blieb. Ein derartiger Antrag kann nur in einer mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte (nicht vor dem beauftr. oder ers. Richter gestellt) werden. Er kann bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, gestellt

Digitized by Google

werden. Wird die Zulässigkeit des Antrags vom Gegner nicht bestritten, so wird die nachträgliche Beweisaufnahme oder Vervollständigung durch Beweisbeschluß angeordnet, wenn die Voraussetzungen dazu nach Ansicht des Gerichts vorliegen. Wird aber die Zulässigkeit des Antrags bestritten, so liegt ein Zwischenstreit vor; daher ist die Zulassung durch Zwischenurteil, die Abweisung entweder durch Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils auszusprechen.

4. Die nach § 332 Abs. 2 ausgeschlossenen Beweismittel können in der Berufungsinstanz wieder benutzt werden.

§ 333.

Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

Mot. S. 245, 246. KPr. S. 126, 548.

§ 333 gilt für die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte und vor dem beauftragten oder ersuchten Richter. Er ist auch anwendbar beim Ausbleiben beider Parteien (vgl. Bem. N. 1 zu § 335). Die Verkündung des Termins gilt auch gegenüber der nicht erschienenen Partei, wenn diese zu dem ersten Termine ordnungsmäßig geladen war (§§ 283, 294). Ist aus besonderen Gründen, z. B. weil sich nicht absehen läßt, wann ein erkrankter Zeuge wird erscheinen können, in dem früheren Termine der neue nicht verkündet worden, so ist der neue Termin von Amtswegen zu bestimmen und die Terminsbestimmung ohne Ladungsformale beiden Parteien zuzustellen (Bem. Nr. 2 Ziff. 3 litt. k vor § 191).

§ 334.

Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

Mot. S. 246. KPr. S. 126, 548.

1. Der § 334 setzt voraus, daß die von einer ausländischen Behörde vorgenommene, den ausländischen Gesetzen entsprechende Beweisaufnahme im Inlande als eine ordnungsmäßige gilt, auch wenn sie dem inländischen Gesetze nicht entspricht. Der für Rechtsgeschäfte geltende Satz „locus regit actum" gilt auch für Prozeßhandlungen. Daß diese im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochene Regel in der Absicht der Gesetzgeber gelegen ist, erhellt aus den Motiven S. 246, wo von § 334 gesagt wird, daß dieser § dem Art. 85 der WO. und früheren Partikularrechten (z. B. württ. PrO. Art. 435, bay. PrO. Art. 355) sowie dem hannov. Entw. § 298 entspreche. An diesen Stellen ist der aufgestellte Satz ausgesprochen. [Vgl. Struckm. Koch N. zu § 334, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 653 f., Wach I S. 252, Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 51 ff., v. Bar Theorie u. Praxis des intern. PrR. (2) II S. 369 ff., 403 ff., RG. 8. Mai 1880 II Nr. 100 S. 374 in Anwendung auf eine Eidesleistung, die in Amerika vor dem Notare und ohne die Schlußformel des § 443 stattfand. AM. Planck I S. 19 und scheinbar RG. 22. Nov. 1884 Entsch. XIII Nr. 108 S. 400; aber dieses Urteil handelt nicht von der Ordnungsmäßigkeit der Beweiserhebung, sondern von dem Umfange der Befugnisse des requir. Gerichts.] Die Wirkungen der im Auslande vorgenommenen Beweisaufnahme, z. B. einer Eidesleistung, sind nach dem inländischen Rechte zu beurteilen.

2. Ist die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme, nach

Digitized by Google

den Gesetzen des Auslandes beurteilt, nicht ordnungsmäßig, entspricht sie aber dem inländischen Rechte, so kann daraus, daß sie dem ausländischen Rechte nicht genügt, kein Einwand entnommen werden. Dieser Satz ist der WO. Art. 85 nachgebildet (vgl. a. § 53).

§ 335.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

Mot. S. 245, 246 KPr. S. 126, 548.

1. Zu Abs. 1: Jeder zur Beweisaufnahme (Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung, Sachverständigenvernehmung, Urkundenvorlage, Eidesleistung ꝛc.) vor dem Prozeßgerichte bestimmte Termin ist kraft Gesetzes auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt. Dies braucht nicht bei der Terminsbestimmung ausgesprochen zu werden. Ja, es kann nicht einmal durch vorherige Anberaumung eines weiter hinausgesetzten Verhandlungstermins dem Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte die Eigenschaft als Verhandlungstermin entzogen werden. [Vgl. Gaupp I S. 655. AM. Struckm. Koch (6) N. 2, Planck II S. 188.] — Folge der Vorschrift des § 335 ist das Ruhen des Verfahrens, wenn in diesem Termine nach Beendigung des Beweisverfahrens keine Partei erschienen ist (§ 228), und die nach Beendigung des beschlossenen Beweisverfahrens eintretende Möglichkeit eines Versäumnisurteils; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 332. Beendigt ist das beschlossene Beweisverfahren aber nicht bloß, wenn die angeordnete Beweiserhebung vollständig ausgeführt ist, sondern auch dann, wenn diese überhaupt nicht (z. B. wegen Todes des Zeugen) oder nicht ohne Mitwirkung der nicht erschienenen Partei (z. B. die Eidesabnahme) ausgeführt oder zu Ende geführt werden kann [vgl. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 806 ff.]; desgleichen, wenn der die Beweisaufnahme anordnende Beschluß aus irgend einem Grunde vom Gerichte zurückgenommen wird. Hat die Beweisaufnahme nicht oder nicht vollständig erfolgen können, ist aber die Ausführung des Beweisbeschlusses ohne Mitwirkung der nicht erschienenen Partei möglich (z. B. wenn ein Zeuge oder Sachverständiger nicht erschienen ist), so ist nach § 333 neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zu deren Fortsetzung von Amtswegen zu bestimmen; in diesem Falle kann kein Versäumnisurteil beantragt werden; auch ruht das Verfahren nicht im Falle des Ausbleibens beider Parteien. [Vgl. Gaupp I S. 655, Wach Vortr. S. 123, Birkmeyer Rechtsf. S. 49, Troll Vers.Urt. S. 18. AM. Wilm. Levy N. 1, Barkhausen a. a. O. S. 808.] Ist der Termin nur zur Aufnahme von Beweis, den die erschienene Partei anbot, bestimmt, so kann diese allerdings dadurch, daß sie auf ihre Beweismittel definitiv oder mit Rücksicht auf das Nichterscheinen des Gegners einstweilen verzichtet, die Beweisaufnahme erledigen und dann ein Vers.Urt. gegen den Gegner erwirken. Wenn sie aber im Einspruchsverfahren auf dieselben Beweismittel zurückgreift, so sind die etwaigen Mehrkosten, die z. B. durch die zweimalige Ladung von Zeugen entstehen, nach § 87 von der Erstattung ausgeschlossen; auch könnte nach Umständen § 251 Abs. 2 angewendet werden [vgl. Barkhausen a. a. O. S. 810].

2. Wegen Versäumung des Termins zur Eidesleistung s. § 430.

Digitized by Google

Sechster Titel.
Beweis durch Augenschein.

1. Litteratur: Planck II § 121 S. 261 ff., Fitting 7. Aufl. § 63 S. 382 ff., Wevelb z. L. v. gerichtlichem Augenscheine im CPr. (1877). Vgl. a. John Komm. z. StrPrO. I S. 494 ff.

2. Über die Frage, ob das Gericht gemäß § 135 einen Augenschein von Amtswegen anordnen kann, wenn die Parteien dies nicht wollen, s. Bem. Nr. 2 zu § 135.

3. Über die Verpflichtung, Urkunden zu prozessualischen Zwecken vorzulegen, enthält die CPrO. in §§ 387 ff. Vorschriften. Bezüglich aller anderen Sachen ist die Exhibitionspflicht und folglich die Verpflichtung, den gerichtlichen Augenschein durch Vorzeigen, Vorlegen ꝛc. zu ermöglichen, in der CPrO. nicht berührt, daher nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. [Vgl. Gaupp I S. 657 bei N. 10, OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 193. AM. Kohler Forschungen S. 78 f.] Über das gem. Recht vgl. Windscheid Pand. II § 474 und Demelius die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht (1872). Nach Demelius ist die Exhibitionspflicht nur begründet, wenn ein dinglicher Anspruch auf die Sache oder ein auf die Sache bezüglicher Noxalanspruch geltend gemacht werden will. Die Praxis ist geneigt, auch in anderen Fällen eine solche Pflicht anzunehmen, wenn ein Interesse nachgewiesen ist. Wegen des preuß. ALR. s. Dernburg preuß. PrR. II § 235 A. 9, Eccius (Förster) preuß. PrR. II § 176 N. 2, § 180. Vgl. a. I Entw. e. BGB. § 774, Entw. II § 695.

Die zur Augenscheinnahme nötige Exhibition kann innerhalb des Prozesses weder von einem dritten Besitzer noch von dem Gegner erstritten oder erzwungen werden. Es ist Sache des Beweisführers, den Inhaber, der die Sache nicht vorzeigt, durch besonderen Prozeß zur Exhibition zu nötigen; ist er dazu verurteilt, so kann die Vorlage oder die Duldung der Besichtigung nach §§ 769, 764, 765 erzwungen werden. Nach Umständen ist zur Erwirkung der Exhibition eine Frist zu gewähren (§ 321). [Die Ansicht von Planck II S. 265, daß ein Zwischenverfahren über die Editionspflicht zulässig sei, hat im Gesetze keinen Boden.]

Stellt die Partei, die den Augenschein beantragt hat, der Vornahme durch Verweigerung der Vorzeigung oder des Zutritts Hindernisse entgegen, so kann darin ein Verzicht auf die Beweisführung gelegen sein. Ob der Gegner den Antrag aufnehmen will, ob er ein Recht hat, die Exhibition zu erzwingen, ist eine Sache für sich. Stellt der Gegner der Vornahme des Augenscheins Hindernisse entgegen, so wird selten Veranlassung sein, ihn auf Exhibition zu verklagen; denn in der Regel wird das Gericht dieses Verhalten als Beweisgrund zu Gunsten dessen verwerten, der den Augenschein beantragt hat.

Auch wenn das Gericht von Amtswegen Augenschein anordnet, so hat es kein Mittel, um die Vorlage oder den Zutritt zu erzwingen. Natürlich kann die Thatsache, daß eine Partei die Einnahme des Augenscheins verhindert, bei der Beweiswürdigung gegen sie verwertet werden.

§ 336.

Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatsachen.

Mot. S. 246, 247. KPr. S. 128, 548.

1. Ordnet das Gericht nach § 135 von Amtswegen die Einnahme eines Augenscheins an, so ist von Antretung des Beweises nicht die Rede.

2. Wegen Kostenvorschusses s. GKG. §§ 79, 84 Abs. 1.

Digitized by Google

§ 337.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.

Mot. S. 246, 247. KPr. S. 126, 548.

1. Die Zuziehung von Sachverständigen kann unabhängig von einem Parteiantrage sowohl bei einem beantragten wie bei einem von Amtswegen (§ 135) angeordneten Augenscheine angeordnet werden.

2. Durch die Fassung des Abs. 2 ist ausgedrückt, daß die Augenscheinseinnahme auch außerhalb des Gerichtslokals durch das ganze Prozeßgericht erfolgen kann. — Für die Ernennung der Sachverständigen gelten die Bestimmungen der §§ 369, 370. (Mot. S. 247.)

Siebenter Titel.

Zeugenbeweis.

Litteratur: Neubauer die Entscheidungen des Reichsgerichts über Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 136 ff.

1. Zeuge kann sein, wer weder Prozeßpartei noch gesetzlicher Vertreter einer Prozeßpartei ist. Es können nicht Zeugen sein die Gesellschafter und die Kommanditisten in den Prozessen der offenen oder der Kommanditgesellschaft [Wach I S. 530, RG. 15. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 91 S. 365 ff., 15. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 110 S. 398], auch wenn die Gesellschaft sich in Liquidation befindet und der betr. Gesellschafter nicht Liquidator ist [vgl. Wilm. Levy N. 1 zu § 338. AM. Thiele Arch. f. c. Pr. LXXXII S. 61 f.], die Direktoren in den Prozessen der Aktiengesellschaft [RG. 1. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 112 S. 400], die Vorstandsmitglieder in den Prozessen der Genossenschaft [RG. 22. Dez. 1884 SA. XL Nr. 252], der minderjährige Hausſohn in dem von seinem Vater als dem gesetzlichen Vertreter geführten Prozesse [RG. 24. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 47 S. 188, 28. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1080]. Die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft sind in den Prozessen der Gesellschaft oder Genossenschaft zeugnisfähig [RG. 17. März 1894 SA. XLIX Nr. 285]. Ob der Gemeinschuldner in den Prozessen des Verwalters Zeuge sein kann, hängt davon ab, ob der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners zu betrachten ist oder nicht. Nach der richtigen Ansicht ist der Verwalter nicht gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners und kann also Zeuge sein; doch ist § 358 Nr. 4 auf ihn anwendbar. [Über die Stellung des Konk.Verw. vgl. S. Seuffert z. Gesch. und Dogm. d. D. Konk.R. I S. 114 ff., Schultze D. Konk.R. S. 84 ff., Wach I S. 544 f., Petersen Sächs. Arch. I S. 1 ff., Hinrichs eod. II S. 305 ff. Das RG. hat in den UU. v. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 413 u. 30. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 10 S. 29 den Gemeinschuldner als Zeugen zugelassen. AM. OLG. Kiel SA. XLIII Nr. 162.] Der nach § 72 oder § 73 aus dem Prozesse entlassene Beklagte kann in dem weiteren Verfahren Zeuge sein; vgl. die nach § 236 oder § 237 aus dem Prozesse ausgeschiedene Partei [bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 352.]. Ein Streitgenosse kann von einem anderen Streitgenossen nicht als Zeuge benannt werden, solange nicht die Verhandlung in getrennten Prozessen (§ 136) angeordnet ist. Wohl aber kann ein früherer, jetzt ausgeschiedener Streitgenosse Zeuge sein [RG. 14. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 115 S. 416,

Digitized by Google

7. März 1892 XXIX Nr. 96 S. 370]. Der Hauptintervenient kann in dem Prozesse, in dem er intervenierte, Zeuge sein. Desgleichen der Nebenintervenient in der Stellung des § 64. Dagegen kann der Nebenintervenient in der Ausnahmestellung des § 66 nicht Zeuge sein, weil ihm Eide zu- und zurückgeschoben werden können (§ 414). [Vgl. Struckm. Koch N. 1 vor § 358, Wilm. Levy N. 4 zu § 358, Gaupp I S. 660, RG. 14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 392, 26. Jan. 1891 SA. XLVI Nr. 289. AM. Barazetti Bad. Ann. LI S. 73 ff.] Der Litisdenunziat kann Zeuge sein. Zeugen können sein die gegenwärtigen und die früheren Bevollmächtigten und Beistände, die früheren gesetzlichen Vertreter und die Rechtsvorgänger der Parteien. Ist jemand, der als Zeuge vernommen war, nachträglich als Hauptpartei, als Nebenintervenient im Sinne des § 66 oder als gesetzlicher Vertreter in den Prozeß eingetreten, so kann seine Aussage als Beweismaterial verwertet werden [RG. 2. Apr. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1171, 11. Dez. 1891 Entsch. XXIX Nr. 89 S. 343].

Das Gesetz kennt keine testes inhabiles. Die Fähigkeit, Zeuge zu sein, ist unabhängig von einem bestimmten Alter, von Beobachtungsfähigkeit, von normaler Gehirnthätigkeit ꝛc. Das Gericht kann Kinder, Geisteskranke und Blödsinnige vernehmen. Doch kann das Gericht die Vernehmung eines Zeugen verweigern, indem es im Urteile feststellt, daß aus bestimmten Gründen die Aussage des Betreffenden unter allen Umständen für die richterliche Beweiswürdigung gleichgültig sein würde (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 259). Ferner kann das Gericht unter Ablehnung eines angebotenen Zeugenbeweises einen richterlichen Eid auferlegen; denn dieser ist nicht subsidiär gegenüber anderen Beweismitteln. Dagegen kann das Gericht keinen Haupteid über eine Thatsache auferlegen, solange noch von einer Partei Zeugenbeweis bezüglich dieser Thatsache angeboten ist (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 418).

2. Alle partikularrechtlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises (z. B. C. c. art. 1341 ff.) sind beseitigt (EG. § 14 Nr. 2); dgl. alle Beschränkungen hinsichtlich der Zeugenzahl. Natürlich kann das Gericht eine Auswahl unter den vorgeschlagenen Zeugen treffen und einstweilen nur einen Teil der Zeugen vernehmen, wenn es erwartet, daß die Vernehmung dieses Teils zur Aufklärung der Sache ausreiche. So wird das Gericht verfahren, wenn eine übergroße Zahl von Zeugen vorgeschlagen ist. Das Gericht kann, nachdem die Vernehmung einer Mehrzahl von Zeugen in einem Beweisbeschlusse angeordnet ist, nach Vernehmung eines Teils der Zeugen die Vernehmung der übrigen unterlassen, wenn die zu beweisende Thatsache oder deren Gegenteil nach Ansicht des Gerichts in dem Maße feststeht, daß die Aussagen der übrigen Zeugen an dem Resultate nichts ändern können; ebenso, wenn das Gericht auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses einen richterlichen Eid für angezeigt erachtet.

§ 338.

Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

Mot. S. 247. KPr. S. 126, 548.

1. „Benennung der Zeugen" d. i. Bezeichnung der Personen, soweit dies zur Feststellung ihrer Individualität nötig ist. Ist der Aufenthalt des Zeugen nicht sogleich zu ermitteln, so ist nach § 321 zu verfahren.

2. „Bezeichnung der Thatsachen." Auch über sog. innere Thatsachen (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 410) kann Zeugenbeweis angetreten werden [RG. 1. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 96 S. 375]. Fragestücke, wie im früheren Prozesse, werden nicht entworfen. Gemeinverständliche Rechtsbegriffe können bei der Bezeichnung der Thatsachen

Digitized by Google

gebraucht werden. Nötigenfalls sind solche Begriffe bei der Vernehmung in ihre Elemente zu zerlegen. Die Bezeichnung der Thatsachen ist nach § 324 Nr. 1 in den Beweisbeschluß aufzunehmen; sie bildet die Richtschnur, aber nicht die unüberschreitbare Grenze der Vernehmung. Ergiebt sich, daß ein Zeuge über eine erhebliche Thatsache, für die er nicht als Zeuge benannt ist, Wissenschaft hat, so ist er auch darüber zu vernehmen.

§ 339.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.

Mot. S. 248, 249. KPr. S. 126, 548.

1. Vgl. § 252 und Bem. Nr. 1 dazu. Die Vorschrift des § 339 gilt für Zeugenvorschläge beider Parteien.

2. Zur Zurückweisung ist außer dem Antrage des Gegners erforderlich:

a) daß neue Zeugen nach Erlassung eines Beweisbeschlusses zum Beweise oder zur Wiederlegung derselben Thatsachen benannt werden, worüber schon eine Beweiserhebung angeordnet ist. Neu ist auch der Zeuge, der bezüglich einer anderen Thatsache schon vorgeschlagen wurde (Mot. S. 248). Die Vernehmung neuer Zeugen, die bezüglich neuer Behauptungen benannt werden, kann nicht zurückgewiesen werden, ohne daß diese neuen Behauptungen selbst gemäß § 252 zurückgewiesen werden. Ob der Beweisbeschluß eine Zeugenvernehmung oder eine andere Beweiserhebung anordnete, ist einerlei. Insbesondere kann auch nach einem Beweisbeschlusse, wodurch eine Eidesleistung angeordnet wurde (§ 426), die Vernehmung neuer Zeugen, die gemäß § 418 von beiden Parteien noch vorgeschlagen werden können, auf Grund des § 339 zurückgewiesen werden; dann kann der Beweisführer durch Zurücknahme der Eideszuschiebung die Ausführung des Beweisbeschlusses, d. i. die Eidesabnahme, hindern, um sich den Zeugenbeweis für die Berufungsinstanz zu wahren, während er in der ersten Instanz beweisfällig wird. Thut er das aber nicht, dann wird der Beweisbeschluß ausgeführt und es wird dem Beweisführer durch die Eidesleistung des Gegners oder durch seine Eidesweigerung gemäß §§ 428, 429, 495 die Befugnis, Zeugenbeweis anzutreten, auch für die Berufungsinstanz entzogen. [Vgl. Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 359 ff., wo aber vom Einsender mit Unrecht verlangt wird, daß die Eideszuschiebung und der Beweisbeschluß wiederholt werden müßten.] Der Delat kann seine Eideserklärung nicht widerrufen (arg. § 419 Abs. 2), wenn die Vernehmung der von ihm vorgeschlagenen neuen Zeugen gemäß § 339 zurückgewiesen ist;

b) daß durch die Vernehmung der neuen Zeugen die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde (daher können erschienene Zeugen nicht zurückgewiesen werden) und daß das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat. Konnten vorgeschlagene Zeugen nicht vernommen werden, so wird regelmäßig die Vernehmung neuer Zeugen nicht zu beanstanden sein.

3. Neue Zeugen können nur in mündlicher Verhandlung vorgeschlagen, über das neue Beweisanerbieten kann nur nach mündlicher Verhandlung von dem Prozeßgerichte, nicht von dem beauftr. oder ers. Richter, entschieden werden [vgl. Ztschr. f. d. CPr. IX S. 506]. Wird vom Gegner beantragt, die Vernehmung auf Grund des § 339 zurück-

Digitized by Google

zuweisen, so liegt ein Zwischenstreit vor, der entweder durch Zwischenurteil oder in den Gründen des (bedingten oder unbedingten) Endurteils entschieden werden muß.

4. Die nach § 339 zurückgewiesenen Zeugen können in der Berufungsinstanz noch benützt werden. § 339 gilt aber auch für den in der Berufungsinstanz verspätet angetretenen Zeugenbeweis und hier bewirkt die Zurückweisung den definitiven Verlust des Beweismittels.

§ 340.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen werden:

1) **wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;**
2) **wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;**
3) **wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;**
4) **wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.**

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.

Mot. S. 249. KPr. S. 126, 548, 668—675.

1. Die Beweisaufnahme kann nur aus den in § 340, § 341 angeführten, eine analoge Anwendung nicht zulassenden Gründen einem Mitgliede des Prozeßgerichts (beauftr. Richter) oder einem anderen Gerichte (ers. Richter) übertragen werden. Über den Beschluß s. Bem. Nr. 1 zu § 320.

2. Zu Nr. 1: Z. B. wenn die Zeugen über einen streitigen Grenzzug, über die frühere Beschaffenheit eines Bauwerks u. dgl. zu vernehmen sind; wenn es darauf ankommt, die Schilderung eines Vorgangs an Ort und Stelle zu erhalten; oder wenn ein Zeuge einem anderen, der verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen (Nr. 3), gegenüber zu stellen ist.

3. Zu Nr. 2: Z. B. wenn eine Information des Zeugen durch umständliche Pläne Rechnungen u. dgl. nötig ist; oder wenn der Zeuge zwar nicht geradezu verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen (Nr. 3), wohl aber nur mit erheblichen Schwierigkeiten erscheinen könnte ꝛc. Auf den Fall, daß der Zeuge im Auslande sich aufhält, bezieht sich § 340 überhaupt nicht (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 320). Die erheblichen Schwierigkeiten müssen in der Beweiserhebung, nicht in der Geschäftslage des Gerichts, begründet sein; das Gericht kann eine Zeugenvernehmung nicht deswegen übertragen, weil es mit Geschäften überhäuft ist (KPr. S. 126, 668—675).

4. Zu Nr. 3: Z. B. durch Krankheit, hohes Alter, Absperrungsmaßregeln ꝛc. Die Verhinderung muß, wenn auch nicht von immerwährender, so doch von einiger Dauer sein.

5. Zu Nr. 4: Bei der Erwägung, ob die Entfernung groß sei, ist auf die Schwierigkeit der Vernehmung, die Wichtigkeit des Streitgegenstandes sowie auf die Höhe der Kosten, die durch die Vernehmung bei dem Prozeßgerichte erwachsen würden, im Verhältnisse zum Streitgegenstande geeignete Rücksicht zu nehmen. Der Umstand, daß der Zeuge in einem anderen Bundesstaate sich aufhält, kommt nicht in Betracht (vgl. GVG. § 161).

Digitized by Google

6. Zu Abs. 2: Das Privilegium gilt vor allen deutschen Gerichten und für alle Landesherren ꝛc., also nicht bloß in den Territorien der betreffenden Landesherren. Dazu sächs. AG. v. 20. Aug. 1879 (G. u. VBl. S. 323) § 6, württ. AG. v. 18. Aug. 1879 (Reg.-Bl. S. 173) Art. 2.

§ 341.

Öffentliche Beamte, auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden. Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachteile bereiten würde.

Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.

RPr. S. 127, 128, 671, 675—678. Vgl. StrPrO. § 53.

1. § 341 wurde auf Antrag der Bundesregierungen von der JK. d. RT. eingefügt. Die Vorschrift weist das Gericht an, von Amtswegen darüber zu wachen, daß die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit von den öffentlichen Beamten nicht verletzt werde.

2. Öffentliche Beamte im Sinne des § 341 (vgl. a. §§ 715 Nr. 6 und 7, 749 Nr. 8) sind die Reichsbeamten (Begriffsbestimmung: RG. v. 31. März 1873 § 1), alle Staatsbeamten, mittelbare und unmittelbare, also auch die Gemeindebeamten; besoldete und nicht besoldete, auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Beamte (vgl. StrGB. § 359). Abgesehen von den Reichsbeamten ist nach Landes-Staatsrecht zu beurteilen, wer Beamtenqualität hat und ob für den Beamten die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit besteht. Hiernach muß auch die Frage, ob Notare zu den Beamten gehören, beantwortet werden. Sind sie nach Landes-Staatsrecht Beamte und zur Amtsverschwiegenheit verpflichtet, so fallen sie auch unter § 341. Beamte sind die Notare in Preußen, Bayern, Sachsen, Baden, Elsaß-Lothringen, in Württemberg die Gerichts- und Amtsnotare [vgl. D. Not.Zeit. 1887 S. 30, 89, 105, 124, 172, 185, 209]. Die Stellung der Rechtsanwälte ist durch die RAO. von Reichswegen geordnet; sie sind nicht Beamte. Für Notare und Rechtsanwälte kommt § 348 Nr. 5 in Betracht. Auf ausländische Beamte bezieht sich § 341 nicht.

3. Ist die Vernehmung eines d. Beamten über Umstände, worauf sich seine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, beantragt und die Genehmigung zur Vernehmung nicht schon erteilt, so hat das Gericht von Amtswegen bei der dem Beamten vorgesetzten oder zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde anzufragen, ob sie die Genehmigung erteile (vgl. preuß. JMBl. 1886 S. 137, bay. G. u. VBl. 1882 S. 39). Bevor die Genehmigung erteilt ist, darf der Zeuge nicht vernommen werden. Regelmäßig wird der die Vernehmung anordnende Beweisbeschluß erst zu erlassen sein, wenn die Genehmigung erteilt ist; doch kann die Vernehmung vorbehaltlich der Genehmigung angeordnet werden. — Der die Genehmigung versagende Bescheid der Behörde braucht nicht weiter begründet zu werden, als damit, daß die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachteile bereiten würde; worin diese bestehen, braucht nicht angegeben zu werden. Des-

Digitized by Google

wegen, weil die Vernehmung des Beamten dem fiskalischen Interesse Schaden bringen könnte, soll in einem Prozesse des Fiskus die Genehmigung nicht versagt werden (KPr. S. 676). Nach dem für die betreffende Dienstbehörde geltenden Staatsrechte ist zu beurteilen, ob den Parteien Rekurs gegen den abschlägigen Bescheid zusteht. Civilprozessualische Beschwerde ist unzulässig. Das Gericht hat keine Kognition über die Richtigkeit des Bescheids [RG. Entsch. in StrS. VII S. 74]. Wird die Genehmigung zur Vernehmung erteilt, so ist dies dem Beamten vor der Vernehmung bekannt zu geben.

4. Die Vorschrift des § 341 macht weder die dem Beamten nach § 348 Nr. 5 zustehende Befugnis zur Zeugnisverweigerung noch die Vorschrift des § 348 Abs. 3 in Bezug auf die Beamten gegenstandslos. Es kann vorkommen, daß das Gericht die Vorschrift des § 341 nicht beachtet; dann kann der Beamte das Zeugnis verweigern. Es können erst bei der Vernehmung Thatsachen, worauf sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, hereingezogen werden; dann ist § 348 Abs. 3 anwendbar.

§ 342.

Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muß enthalten:

1) **die Bezeichnung der Parteien;**
2) **die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;**
3) **die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.**

Mot. S. 249. KPr. S. 126, 548.

1. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem beauftragten Richter, so ist die Ladung der Zeugen von dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts auszufertigen; erfolgt sie durch ein ersuchtes Gericht, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts. Die Ausfertigung ist dem Zeugen auszuhändigen (§ 156 Abs. 1). Die Zustellungsurkunde geht an den Gerichtsschreiber zurück (§ 173 Abs. 4) und ist zu den Akten zu nehmen. Wegen Anwendbarkeit des § 179 s. Bem. Nr. 3 zu § 179. Wegen Ladung von Zeugen, die sich in einem anderen Bundesstaate aufhalten, s. GVG. § 161.

2. Zu Nr. 1: Vgl. § 121 Nr. 1, § 230 Nr. 1.

3. Zu Nr. 2: Vgl. § 338 nebst Bem. Nr. 2. Der Zeuge kann auch über eine in der Ladung nicht angegebene Thatsache vernommen werden.

4. Zu Nr. 3: Die Anweisung, zu erscheinen, geht von dem Gerichtsschreiber aus. Die Androhung der durch das Gesetz (§ 345) auf den Fall des Nichterscheinens gesetzten Strafen gehört zur ordnungsmäßigen Ladung (vgl. § 345). Wegen der Stunde des Termins s. Bem. Nr. 1 zu § 193. Wegen des Zwischenraums zwischen Ladung und Termin s. Bem. Nr. 2 zu § 345.

5. a) Nichtdeutsche (Ausländer), die sich in Deutschland befinden, können vor inländische Gerichte als Zeugen gemäß § 342 geladen werden; sie unterliegen den Zwangsmaßregeln der §§ 345 ff. Eine Ausnahme gilt nur für die im Inlande befindlichen Ausländer, die nach GVG. §§ 18 ff. die Exterritorialität genießen. Diese sind der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen und können daher nicht von dem Gerichtsschreiber eines inländischen Gerichts, sondern nur durch die Behörden ihres Heimatstaates vor ein inländisches Gericht als Zeugen geladen werden; nur der ausländischen Behörde stehen Zwangsmittel zur Gestellung des Zeugen und zur Erzwingung des Zeugnisses zu. Ob

Digitized by Google

die ausländischen Behörden sich herbeilassen, den Ausländer vor ein inländisches Gericht zu laden und Zwangsmaßregeln anzuwenden, ist eine Frage für sich. [Vgl. Gaupp I S. 667, v. Bar Theorie und Praxis d. internat. PrR. (2) II S. 642. AM. Struckm. Koch N. 5 Abs. 2, Wilm. Levy N. 5, die annehmen, daß nach Analogie des § 183 der Reichskanzler oder das bundesstaatliche Ministerium zu ersuchen sei, die Vernehmung zu bewirken. Das war im nordd. Entw. § 535 bestimmt, ist aber in der CPrO. nicht ausgesprochen.]

b) Deutsche (Inländer), die sich in Deutschland befinden, aber nach GVG. § 18 Abs. 1 die Exterritorialität im Reiche genießen, sind gleich den in Deutschland befindlichen exterritorialen Ausländern (ad a) zu behandeln.

c) Deutsche, die sich in Deutschland befinden, aber nach GVG. § 18 Abs. 2 Exterritorialität in einem Bundesstaate genießen, können von den Gerichten eines Bundesstaates, wo sie keine Exterritorialität genießen, als Zeugen zum Erscheinen vor ein Gericht dieses Staates geladen werden; dieses Gericht kann auch die Zwangsmaßregeln der §§ 345, 355 anwenden. Die Ladung ist nach § 183 zuzustellen. Von den Gerichten des Staates, wo sie Exterritorialität genießen, können sie nicht geladen und nicht gemaßregelt werden. Werden solche Personen bei diesen Gerichten als Zeugen benannt, so ist der Minister des Heimatstaates zu ersuchen, die Vernehmung zu bewirken. Der Minister kann dem Beamten befehlen, vor dem Gerichte zu erscheinen; dieses kann ihn aber nicht wegen Ungehorsams maßregeln. Nicht ausgeschlossen ist, daß das Prozeßgericht das Gericht eines Bundesstaates, wo der Zeuge nicht exterritorial ist, um die Vernehmung des Zeugen angehe, wenn die Voraussetzungen des § 340 vorliegen.

d) Die in Deutschland angestellten Konsuln auswärtiger Staaten genießen zwar keine Exterritorialität kraft Gesetzes (GVG. § 21); aber durch Verträge ist ihnen vielfach in Bezug auf die Vernehmung durch inländische Gerichte eine privilegierte Stellung eingeräumt, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Konsuln Inländer oder Ausländer sind. Derartige Privilegien sind enthalten in den Konsularverträgen mit Rußland v. 8. Dez. 1874 (RGBl. 1875 S. 145) Art. 3, Griechenland v. 26. Nov. 1881 (RGBl. 1882 S. 82 S. 101) Art. 3, Spanien v. 10. Jan. 1882 (RGBl. S. 69) Art. 4 Abs. 2, Serbien v. 6. Jan. 1883 (RGBl. S. 62) Art. 3, im Freundsch.- u. Handelsvertr. mit der südafrik. Republik v. 22. Jan. 1885 (RGBl. S. 209) Art. 10. Diese Privilegien kommen auch den Konsuln der Staaten zu gut, denen in Bezug auf die Stellung ihrer Konsuln die Meistbegünstigung zugesichert ist; vgl. z. B. Konsularvertrag mit den verein. Staaten von Nordamerika (RGBl. 1872 S. 95) Art. 3, Friedensvertrag mit Frankreich (RGBl. 1871 S. 223) Art. XI, Freundsch.- u. Handelsvertr. mit Salvator (RGBl. 1872 S. 377) Art. XXIV, mit Persien (RGBl. 1873 S. 351) Art. 3 Abs. 3, mit Österreich-Ungarn (RGBl. 1892 S. 3) Art. 20, mit Columbien (RGBl. 1894 S. 471) Art. 21, mit Uruguay (RGBl. 1894 S. 505) Art. 5.

e) Im Auslande befindliche Personen, einerlei ob Deutsche oder Nichtdeutsche, können von einem inländischen Gerichte nicht zum Erscheinen als Zeugen vor dem inländischen Gerichte geladen werden. Ob solche Personen von ausländischen Behörden als Zeugen vor deutsche Gerichte citiert und zum Erscheinen genötigt werden, ist eine Frage des internationalen Rechts. Regelmäßig wird dies nicht geschehen, darum Vernehmung im Auslande (§ 328) nötig sein. Die Vernehmung eines Zeugen, der unter der Gerichtsbarkeit eines deutschen Konsuln oder eines deutschen Gerichtsbeamten in einem Schutzgebiete steht, erfolgt durch den Konsul oder durch den Gerichtsbeamten des Schutzgebiets (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 328). Ein solcher Zeuge kann, solange er sich außerhalb des Deutschen Reiches befindet, nicht zum Erscheinen vor ein Gericht im Deutschen Reiche geladen werden. In dieser Beziehung gilt das Schutzgebiet als Ausland. — Soll ein im Auslande befindlicher

Digitized by Google

und dort die Exterritorialität genießender Inländer als Zeuge vernommen werden, so hat das inländische Gericht nicht die ausländische Behörde — denn diese hat keinen Gerichtszwang über den Exterritorialen — sondern die inländische Behörde, unter der der Betreffende steht, also den Reichskanzler oder, wenn der Betreffende zur Mission eines Bundesstaates gehört, den Minister der auswärtigen Angelegenheiten um die Vernehmung zu ersuchen. Der Reichskanzler oder der Minister kann den Zeugen im Auslande vernehmen lassen oder zum Erscheinen vor dem inländischen Gerichte veranlassen (vgl. nordd. Entw. § 534).

§ 343.

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

Mot. S. 249, 250. KPr. S. 126, 131, 548, 678, 679. Vgl. StrPrO. § 48 Abs. 2.

1. „Dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende." Vgl. RMG. v. 2. Mai 1874 § 39 (abgedruckt zu § 14 der CPrO. Bem. Nr. 2). Das Gendarmeriekorps gehört nicht zum aktiven Heere.

2. „Person des Soldatenstandes." S. Anl. zum MStrGB. v. 20. Juni 1872 (RGBl. von 1872 S. 204). „Die zum deutschen Heere und zur Kaiserlichen Marine gehörenden Militärpersonen bestehen aus Personen des Soldatenstandes und aus Militärbeamten. A. Personen des Soldatenstandes sind: I. Die Offiziere. II. Die Unteroffiziere. III. Die Gemeinen (mit Einschluß der Obergefreiten und Gefreiten). IV. Die Mitglieder des Sanitätskorps. V. Die Mitglieder des Maschinen-Ingenieur-Korps. B. Militärbeamte sind alle im Heere und in der Marine für das Bedürfnis des Heeres dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstande gehörenden und unter dem Kriegsminister oder dem Chef der Admiralität als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben." — Militärbeamte sind nicht durch die Militärbehörde zu laden.

3. Das Ersuchungsschreiben an die Militärbehörde wird auf Grund des Beweisbeschlusses von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts oder von dem beauftragten oder ersuchten Richter von Amtswegen erlassen und durch den Gerichtsschreiber expediert. Das Schreiben enthält nicht die Anweisung zum Erscheinen (§ 342 Nr. 3); aber es muß die Parteien, sowie die Thatsachen, worüber der Zeuge vernommen werden soll, angeben, damit die von der Militärbehörde zu erlassende Vorladung den Erfordernissen des § 342 entsprechen kann. Die Militärbehörde ist nicht verbunden, dem ersuchenden Gerichte einen Nachweis der Ladung zugehen zu lassen. Bleibt eine Militärperson aus, so erfolgt die Festsetzung und Vollstreckung der Strafe nach § 345 Abs. 4 durch das Militärgericht; diesem steht also zu, zu prüfen, ob die Ladung ordnungsmäßig ist. Welche Militärbehörde zu ersuchen ist, ergiebt die Bekanntmachung im CBl. f. d. DR. 1880 Nr. 26, preuß. JMBl. 1880 S. 156.

§ 344.

Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

Mot. S. 250. KPr. S. 126, 548.

Digitized by Google

1. Der Zeuge kann von der Staatskasse Entschädigung ꝛc. beanspruchen (§ 366). Außerdem können der Staatskasse durch eine Vernehmung außerhalb der Gerichtsstelle Auslagen für die den Gerichtsbeamten zustehenden Tagegelder und Reisekosten erwachsen (GKG. § 79 Nr. 5). Die Staatskasse kann die Erstattung ihrer Auslagen von dem Beweisführer, d. i. von der Partei, die die Vernehmung des Zeugen beantragt, beanspruchen (GKG. § 88 Satz 2 vgl. m. § 84). Zur Sicherung dieses Anspruchs kann das Prozeßgericht, nicht der beauftragte oder ersuchte Richter [vgl. Ztschr. f. d. CPr. V S. 446 ff., OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 347, OLG. Nürnberg eod. XXXIX Nr. 152], beschließen, daß die Ladung eines Zeugen erst erfolgen solle, wenn der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlege; zur Hinterlegung ist eine Frist zu bestimmen. Die Erlassung eines derartigen Beschlusses steht im Ermessen des Gerichts. Nicht die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Beweisergebnisses, sondern die Vermögensverhältnisse des Beweisführers sind in Betracht zu ziehen [RG. 20. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 79 S. 398 f.].

Nach GKG. § 84 Abs. 1 ist ein zur Deckung der Auslagen hinreichender Vorschuß von dem Beweisführer zu zahlen. Diese Verpflichtung besteht, auch wenn das Gericht die Ladung nicht gemäß § 344 von der Hinterlegung eines Vorschusses abhängig macht; die Ladung erfolgt aber in diesem Falle, auch wenn der Beweisführer den Vorschuß nicht bezahlt.

Nach GKG. § 85 Abs. 4 ist vor Zahlung des von einem Ausländer nach den Bestimmungen des GKG. § 84 zu zahlenden Vorschusses die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen, sofern nicht glaubhaft gemacht wird, daß die Verzögerung dem Ausländer einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Diese Vorschrift hat selbständige Bedeutung neben § 344 der CPrO. Nach dem cit. § 85 Abs. 4 *muß* das Gericht vor Zahlung des Vorschusses die Ladung von Zeugen ablehnen, wenn der Beweisführer ein Ausländer ist, sofern nicht die angegebene Ausnahme Platz greift. Diese Ablehnung hat aber nicht dieselben Folgen, wie ein Beschluß nach § 344. Das Gericht braucht nämlich zur Hinterlegung des Vorschusses keine Frist zu bestimmen und der Antrag auf Ladung der Zeugen, der nach Zahlung des Vorschusses wiederholt werden kann, solange eine mündliche Verhandlung dazu Gelegenheit bietet, darf nicht deswegen abgewiesen werden, weil die Vernehmung das Verfahren verzögern würde.

2. Der Beschluß nach § 344 kann mit dem Beweisbeschlusse verbunden, aber auch nachträglich ohne mündliche Verhandlung auf Antrag oder von Amtswegen erlassen werden. Wird er nicht verkündet, so ist er beiden Parteien zuzustellen (§ 294). Ebenso kann das Gericht nachträglich auf Grund des GKG. § 85 Abs. 4 beschließen, daß die Ladung unterbleibe. Sowohl jener wie dieser Beschluß unterliegt der Beschwerde (§ 530), weil dadurch ein Beweisantrag, so wie er gestellt ist, zurückgewiesen wird. Dem Gegner des Beweisführers, dessen Antrag auf Anwendung des § 344 oder des GKG. § 85 keine Folge gegeben wird, hat kein Beschwerderecht, weil sein Antrag nur Anregung einer Offizialthätigkeit ist und weil er keinen Beruf hat, das Interesse der Staatskasse zu wahren.

3. Die in einem nach § 344 erlassenen Beschlusse bestimmte richterliche Frist läuft von der Verkündung oder der Zustellung an. Wegen Verlängerung s. §§ 202, 203. Wird der Vorschuß innerhalb der Frist hinterlegt, so ist die Ladung auszuführen; war noch kein Termin bestimmt, so ist ein Termin von Amtswegen zu bestimmen. Nach Ablauf der Frist ist der Prozeß ohne Rücksicht auf den Beweisantrag fortzusetzen. Ist kein Termin bestimmt, so kann jede Partei den Gegner laden. Wird die Hinterlegung so zeitig nachgeholt, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann, so ist der

Digitized by Google

Zeuge immer noch zu laden. Die Vernehmung kann ohne Verzögerung erfolgen, wenn der Zeuge noch zu dem bestimmten Termine oder zu einem späteren Termine, worauf die Verhandlung vertagt ist, geladen werden kann. Auch wenn der Zeuge ohne Ladung im Termine erscheint, ist er zu vernehmen [RG. 7. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 118 S. 392]. In der Berufungsinstanz kann der Zeuge, dessen Vernehmung gemäß § 344 Abs. 2 in der ersten Instanz unterblieb, wieder vorgeschlagen werden [OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 239].

4. § 344 und GKG. §§ 84, 85 sind nicht anwendbar, wenn der Beweisführer im Armenrechte streitet und wenn der Beweisführer als Gegner der armen Partei gemäß § 111 von den in § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten einstweilen befreit ist.

§ 345.

Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurteilen.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

Mot. S. 250, 251. KPr. S. 126, 127, 131, 548, 678, 679. Vgl. StrPrO. § 50.

Litteratur: v. Schrutka-Rechtenstamm Zeugnispflicht und Zeugniszwang nach österr. R. (1879), die §§ 7—12 enthalten einen Abriß der geschichtlichen Entwicklung; Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 479 ff., Abegg Zeugnispflicht u. Zeugniszwang (Straßburg 1885).

1. Die Zeugnispflicht ist die Pflicht, vor dem Gerichte zu erscheinen und eine beeidigte Aussage abzugeben. Nichterfüllung der Erscheinungspflicht wird nach § 345, Nichterfüllung der Aussagepflicht nach § 355 bestraft. Der erste Ungehorsam wird in beiden Fällen von Amtswegen bestraft; denn die Zeugnispflicht wurzelt im öffentlichen Rechte; wer diese Pflicht verletzt, ist dem Staate unbotmäßig. Die Behandlung des zweiten Ungehorsams ist verschieden, je nachdem es sich um Nichterfüllung der Erscheinungs- oder der Aussagepflicht handelt. Bei jener erfolgt wiederholte Strafe und nach Umständen zwangsweise Sistierung (§ 345 Abs. 2) von Amtswegen; bei dieser kann nur auf Antrag die nicht mehr den Charakter einer Strafe an sich tragende Zwangshaft des § 355 Abs. 2 verhängt werden.

Die Verurteilung in die Kosten (§§ 345 u. 355) ist ein Vollstreckungstitel, auf Grund dessen jede Partei ihre Kosten festsetzen lassen und von dem Zeugen beitreiben kann. Die Festsetzung erfolgt nach §§ 98 ff. durch das Prozeßgericht, auch wenn der beauftr. oder ers. Richter verurteilt hat.

Die Strafen der §§ 345 und 355 sind sog. Ordnungsstrafen. Über diesen Begriff vgl. v. Bar Handb. d. d. StrR. I S. 353, Binding Handb. d. StrR. I S. 274, 796, v. Liszt in v. Holtzend. Rechtslex. unter „Ordnungsstrafen", H. Meyer Lehrb. d. d. StrR. 4. Aufl. I S. 8, v. Sarwey allg. Verwalt. Recht in Marquardsens Handb. d. ö. R. I 2

Digitized by Google

S. 159, Preger Arch. f. d. R. VII S. 365 ff. Daraus, daß diese Strafen keine Kriminalstrafen sind, folgt, daß die Bestrafung nach StrGB. § 138 wegen Vorschützens unwahrer Thatsachen zur Entschuldigung nebenher verhängt werden kann und daß der § 29 des StrGB. für die Umwandlung in Haftstrafe nicht maßgebend ist. Die eventuelle Haftstrafe ist sofort auszusprechen.

Mit Ausnahme der Zwangshaft (§ 355 Abs. 2) sind alle in §§ 345 und 355 vorgesehenen Folgen der Nichterfüllung der Zeugnispflicht von Amtswegen zu verhängen. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß die Parteien Anträge auf Verhängung dieser Folgen stellen, zumal sie an der Verurteilung des Zeugen in die Kosten ein Vermögensinteresse haben [RG. 25. Okt. 1890 SA. XLVI Nr. 144]. Verzichtet der Beweisführer auf den nicht erschienenen Zeugen, so kann dessen Vorführung (§ 345 Abs. 2) nicht angeordnet werden; die übrigen Folgen des Ungehorsams sind trotzdem zu verhängen. Den Antrag auf Zwangshaft (§ 355 Abs. 2) kann sowohl der Beweisführer als auch der Gegner stellen, wenn er von dem durch § 364 gewährten Rechte, die Vernehmung des erschienenen Zeugen zu verlangen, Gebrauch macht.

Sämtliche Ungehorsamsfolgen können von dem Prozeßgerichte und von dem beauftr. oder ers. Richter verhängt werden. Die Entscheidung (Beschluß oder Verfügung) ist schriftlich zu erlassen (arg. § 146 Nr. 5) und dem Zeugen von Amtswegen zuzustellen (§ 294). Die Verkündung macht die Zustellung an den Zeugen nicht entbehrlich, denn § 283 spricht nur von den Parteien. Die Entscheidung kann auch nach dem Schlusse des Termins erlassen werden. Die nicht verkündete Entscheidung ist auch den Parteien zuzustellen, weil diese wegen der Verurteilung in die Kosten dabei interessiert sind (§ 294).

Dem Zeugen steht gegen jede der angeführten Entscheidungen die unbefristete Beschwerde mit aufschiebender Kraft zu (§§ 345 Abs. 3, 355 Abs. 3, 535 Abs. 1). Wurde der Antrag einer Partei auf Verhängung der in § 345 oder § 355 angedrohten Folgen der Nichterfüllung der Zeugnispflicht abgelehnt, so steht der Partei die unbefristete Beschwerde zu (arg. § 530) [vgl. RG. 25. Okt. 1890 SA. XLVI Nr. 144].

Die Geld- und Haftstrafen sind von Amtswegen zu vollstrecken, auf die Vollstreckung der Geldstrafe findet StrPrO. § 495, auf die der Haftstrafe StrGB. § 18 entsprechende Anwendung; die Strafe besteht also in einfacher Freiheitsentziehung.

Wegen der Gebühren des Verfahrens gegen die Zeugen s. GKG. § 47 Nr. 8 (gebührenfrei) und GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

2. Voraussetzung für jedes Einschreiten gegen den nicht erschienenen Zeugen ist ordnungsmäßige Ladung. Die Ladung ist ordnungsmäßig, wenn ihr Inhalt den Vorschriften des § 342 und die Zustellung den gesetzlichen Vorschriften der §§ 152 ff. entspricht. Ersatzzustellung nach §§ 166—170 ist ordnungsmäßig. Das Gesetz bestimmt nicht, daß zwischen Zustellung der Ladung und dem Termine eine gewisse Zeit liegen müsse. Die Ladungsfrist des § 194 ist nicht anwendbar. Aber gegen einen nicht erschienenen Zeugen kann nur eingeschritten werden, wenn die Ladung so zeitig geschah, daß er unter Benutzung der gewöhnlichen Beförderungsmittel zu dem Termine erscheinen konnte.

3. Nicht erschienen ist der Zeuge, der beim Aufruf der Sache (§ 197) nicht da ist. Erscheint der Zeuge später, aber noch vor Beendigung des Termins, so kann er nicht gestraft werden. Ist eine Strafe schon verhängt, so ist nach § 346 zu verfahren. Entfernt sich der Zeuge vor der Vernehmung, so ist er als nicht erschienen zu bestrafen.

4. Zu Abs. 2: Wiederholt ausgeblieben ist der Zeuge, der schon einmal wegen Ausbleibens bestraft ist; also nicht schon dann, wenn der Zeuge zwar in einem früheren Termine ausgeblieben, jedoch nicht bestraft worden oder wenn die Strafe wieder aufgehoben

Digitized by Google

ist. Daß schon eine Strafe vollstreckt sei, gehört nicht dazu. Der wiederholt ausgebliebene Zeuge muß wieder zur Tragung der Kosten und zu einer zweiten Ordnungsstrafe, die sich in der durch Abs. 1 gezogenen Grenze, jedoch nicht an die Höhe der früheren Strafe halten muß, verurteilt werden. Das Wort „kann" ist nicht dahin zu verstehen, als ob die zweite Bestrafung fakultativ wäre. In dem Entwurfe hieß es „kann die Strafe verdoppelt werden". Das „kann" hatte die Bedeutung, daß die Erhöhung über das Maß des Abs. 1, nicht die Bestrafung als solche, in das Ermessen des Gerichts gestellt werde. Die Zulässigkeit einer höheren als der in Abs. 1 vorgesehenen Strafe wurde durch die Veränderung ausgeschlossen, nicht die Bestrafung in das Ermessen gestellt.

Zweifelhaft ist, ob die Bestrafung mehr als zweimal erfolgen kann. Die Frage dürfte zu verneinen sein. „Noch einmal" bedeutet „ein zweitesmal". Zwei Strafen und Zwangsvorführung genügen wohl auch dem Bedürfnisse. Wie man in der JK. des RT., wo die jetzige Fassung beschlossen wurde, zu der Frage sich stellte, ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Man berührte die Frage, ob mehr als zweimalige Bestrafung möglich sein solle, nicht bei § 345, sondern bei § 374 (KPr. S. 148 f.). Daß ein Sachverständiger nur zweimal solle gestraft werden können, scheint die Ansicht der Kommissionsmehrheit gewesen zu sein. Ein sicherer Schluß auf die übrigens auch nicht maßgebende Ansicht der Kommissionsmehrheit über den Sinn des § 345 Abs. 2 ist nicht möglich. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 671, Endemann II S. 216 N. 6, A. Förster N. 5. AM. Hellmann Komm. II S. 231 f., Petersen (2) S. 557, Wilm. Levy N. 6. Unrichtig ist dessen Angabe, in der JK. des RT. sei das Gegenteil der hier vorgetragenen Ansicht als Absicht der Komm. konstatiert.]

Neben der zweiten Ordnungsstrafe kann die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden, wenn das Gericht sie für zweckmäßig hält. Die Anordnung ist unabhängig von einem Parteiantrag. Sie wird durch den Gerichtsvollzieher ausgeführt (GO. f. GV. § 9). Verzicht auf den Zeugen (§ 364) hindert nicht die Bestrafung, wohl aber die Anordnung der zwangsweisen Vorführung.

5. Zu Abs. 4: Vgl. Bem. Nr. 1 u. 2 zu § 343. § 345 Abs. 4 gilt nicht bloß für Personen des Soldatenstandes (wie § 343), sondern auch für Militärbeamte. Welche Militärbehörde um die Vorführung zu ersuchen ist, ergiebt die in Bem. Nr. 4 zu § 343 cit. Bekanntmachung. Haben Personen des Soldatenstandes der von ihrer vorgesetzten Behörde erlassenen Ladung nicht entsprochen, so kann darin ein militärisches Vergehen des Ungehorsams gegen einen Befehl in Dienstsachen (MStrGB. § 92) liegen, wenn die Ladung als Dienstbefehl ergangen ist. Dann ist der § 92 des MStrGB. neben dem § 345 der CPrO. anwendbar; denn die Kriminalstrafe schließt die Ordnungsstrafe nicht aus. Militärbeamte können nur auf Grund des § 345 gestraft werden, weil sie vom Gerichte geladen werden (s. Bem. Nr. 2 zu § 343). — Vgl. n. §§ 355 Abs. 4, 374 Abs. 3.

§ 346.

Die Verurteilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.

Mot. S. 250, 251. KPr. S. 127, 548.

Digitized by Google

1. Die Entschuldigung kann durch eine andere Person vorgebracht werden. Bei nachträglicher Entschuldigung ist die Verurteilung in Strafe und Kosten sowie der etwaige Vorführungsbefehl (§ 345 Abs. 2) aufzuheben. Wird auf den Zeugen verzichtet, so ist der Vorführungsbefehl aufzuheben, aber die Verurteilung in Strafe und Kosten nicht.

2. Für das Verfahren besteht kein Anwaltszwang. Die Aufhebung der Anordnungen sowie der abschlägige Bescheid auf ein Gesuch um Aufhebung erfolgt durch Beschluß des Prozeßgerichts oder Verfügung des beauftr. oder ers. Richters (§ 365). Die Entscheidung ist dem Zeugen und, wenn die Verurteilung in Kosten aufgehoben wird, auch den Parteien zuzustellen. Gegen die ein Gesuch um Aufhebung abweisende Entscheidung steht dem Zeugen die Beschwerde zu (arg. § 345 Abs. 3).

3. Der Zeuge hat die Wahl zwischen der nachträglichen Entschuldigung bei dem Gerichte, das ihn in Strafe nahm, und der Beschwerde nach § 345 Abs. 3. Wegen Beschwerde gegen die Verfügung eines beauftr. oder ers. Richters s. § 539.

§ 347.

Der Reichskanzler, die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden und die Vorstände der Ministerien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesrats sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesrats an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthaltes am Orte der Versammlung an diesem Orte zu vernehmen.

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:

in betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,

in betreff der Minister und der Mitglieder des Bundesrats der Genehmigung des Landesherrn,

in betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,

in betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,

in betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.

Mot. S. 679—682, 747. StrPrO. S. 815—819. Vgl. StrPrO. § 49.

1. § 347 wurde auf Veranlassung eines Bundesratsbeschlusses von der JK. d. RT. eingefügt. — Die Vorschrift ist von Amtswegen zu beachten.

2. Zu Abs. 2: Dem Reichskanzler steht nach RG. v. 17. März 1878 § 2 (RGBl. S. 7) sein allgemeiner Stellvertreter gleich. Vorstände der obersten Reichsbehörden sind nach VO. v. 23. Nov. 1874 (RGBl. S. 136) außer dem preußischen, sächsischen und württembergischen Kriegsminister der Präsident des Reichskanzleramts, jetzt „Staatssekretär des Innern" (E. v. 24. Dez. 1879, RGBl. S. 321), der Staatssekretär im auswärtigen Amt, der Chef der Kaiserl. Admiralität, jetzt „Staatssekretär des Reichsmarineamts" (E. v. 30. März 1889, RGBl. S. 47); ferner nach VO. v. 19. Dez. 1875 (RGBl. S. 378) der Präsident des Reichsbankdirektoriums; nach VO. v. 22. Dez. 1875 (RGBl. S. 379) der Generalpostmeister, jetzt „Staatssekretär des Reichspostamts" (E. v. 23. Febr. 1880, RGBl. S. 25); nach GVG. §§ 125 ff. der Präsident des Reichsgerichts; nach E. v. 14. Juli 1878

Digitized by Google

(RGBl. S. 196) der Vorstand des Reichsschatzamts; nach E. v. 27. Mai 1878 (RGBl. 1879 S. 193) der Chef des Reichsamts für Verwaltung der Reichseisenbahnen; nach RG. v. 4. Juli 1879 (RGBl. S. 165) der Statthalter und der Staatssekretär für Elsaß-Lothringen; endlich der Vorstand des Reichsjustizamts. Die Vorstände des Reichspatentamts, des Reichsgesundheitsamts und des Reichsamts für Heimatwesen gehören nicht dazu. — Wegen des Amtssitzes vgl. RBeamt.Ges. §§ 21, 22, 40.

3. Zu Abs. 2: Die Mitglieder des Bundesrats sind nicht nur während der Sitzungsperiode, sondern bei jedem Aufenthalte am Sitze des Bundesrats, die Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung nur bei ihrem Aufenthalte während der Sitzungsperiode am Orte der Versammlung zu vernehmen (vgl. KPr. S. 682).

4. Zu Abs. 3: Die Genehmigung wird entweder durch den Beweisführer oder, wenn das Gericht eine Abweichung von § 347 für angezeigt hält, durch das Gericht eingeholt. Wegen der unmittelbaren Vorgesetzten der Reichsbeamten vgl. VO. v. 23. Nov. 1874 (RGBl. S. 136) und VO. v. 19. Dez. 1875 (RGBl. S. 375).

§ 348.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

1) **der Verlobte einer Partei;**
2) **der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;**
3) **diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;**
4) **Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;**
5) **Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.**

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugnis nicht abgelegt werden kann.

Mot. S. 251, 252. KPr. S. 128, 548. Vgl. StrPrO. §§ 51, 52.

1. In den §§ 348—350 regelt das Gesetz die Befugnis zur Verweigerung des Zeugnisses. Die Bestimmungen sind erschöpfend; es giebt keine anderen Gründe, aus denen das Zeugnis verweigert werden dürfte. § 348 Nr. 1—3 enthält die Gründe, aus denen das Zeugnis überhaupt, § 348 Nr. 4, 5 und § 349 die Gründe, aus denen das Zeugnis über gewisse Fragen verweigert werden darf. § 350 nimmt dann wieder die aus § 348 oder § 349 Nr. 1 folgende Berechtigung zur Zeugnisverweigerung in Bezug auf bestimmte Fragen zurück. Das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses umfaßt die Verweigerung der Aussage und der Eidesleistung. Hat jemand die Aussage geleistet, so kann er immer

Digitized by Google

noch die nachträgliche Beeidigung verweigern [RG. 21. Okt. 1889 Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 175].

2. Zu Nr. 1: Das Verlöbnis begründet die Zeugnisverweigerung, auch wenn es wegen Formmangels nicht rechtsverbindlich ist. [Vgl. RG. Entsch. i. StrS. X S. 117.]

3. Zu Nr. 2: Vorausgesetzt wird eine nach dem bürgerlichen Rechte gültige Ehe.

4. Zu Nr. 3: „Partei" ist in dem in Bem. Nr. 3 zu § 41 erörterten Sinne zu verstehen. — Die Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft sind nach der sog. Civilkomputation zu zählen. Adoption steht der natürlichen Verwandtschaft gleich. Uneheliche Verwandtschaft steht der ehelichen nur nach der mütterlichen Seite gleich, es wäre denn Legitimation erfolgt. Daß der Zeuge zu beiden Parteien verwandt oder verschwägert ist, schließt die Zeugnisverweigerung nicht aus.

5. Zu Nr. 4: Die Vorschrift gilt nur für Geistliche staatlich anerkannter Religionsgesellschaften; denn sonst schwänden die Umrisse des Begriffs [vgl. Löwe StrPrO. § 52 N. 6. AM. Wilm. Levy N. 4]. Nicht jede vertrauliche Mitteilung an einen Geistlichen steht unter dem Schutze dieser Bestimmung, sondern nur die in Ausübung der Seelsorge empfangene; also jedenfalls die Mitteilung in der Beichte, aber auch eine außerhalb der Beichte zur Erlangung geistlichen Trostes oder zur Gewissenserleichterung gemachte Mitteilung. Wegen Entbindung von der Verschwiegenheit s. § 350 Abs. 2 nebst Bem. Nr. 5 litt. a. — Behauptet ein Dritter, von einem Geistlichen in Ausübung der Seelsorge gewisse Mitteilungen erhalten zu haben, so kann der Geistliche darüber, ob er dem Dritten solche Mitteilungen gemacht habe, das Zeugnis nicht verweigern [RG. 8. Juni 1883 SA. XXXIX Nr. 58].

6. Zu Nr. 5: Dazu gehören alle Beamte (über den Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 341), soweit ihnen Amtsverschwiegenheit zur Pflicht gemacht ist, auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses, sodann die im StrGB. § 300 aufgeführten Personen: „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen"; ferner nach HGB. Art. 69 Nr. 5 die Mäkler und nach GVG. § 200 die Schöffen und Geschworenen. Die Berechtigung des Rechtsanwalts zur Zeugnisverweigerung (wie überhaupt der vorstehend angeführten Personen) tritt nicht erst dann ein, wenn die Interessenten ihm Verschwiegenheit gebieten [RG. 24. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 117 S. 382]. Die Berechtigung des Rechtsanwalts erstreckt sich auch auf Mitteilungen an den ihm associerten Anwalt [OLG. Frankfurt SA. L Nr. 53] sowie auf Verhandlungen der Parteien, denen der RA. als Beistand einer Partei beiwohnte. [Vgl. RG. 22. Febr. 1888 SA. XLIII Nr. 235, OLG. Frankfurt SA. XLVIII Nr. 148. AM. OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 63.] — Durch die „Natur der Thatsachen" ist z. B. die Geheimhaltung der einem vertrauten Diener mitgeteilten Familiengeheimnisse geboten. Das RG. 16. Febr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 88 S. 363 erklärt, daß Mitglieder eines bischöflichen Konsistoriums, die als solche über Bestreitung von Kirchenbaukosten Wissenschaft erlangten, die Aussage darüber nicht verweigern dürfen. Das OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 162 spricht aus, daß der Inhaber eines Auskunftsbureaus nicht berechtigt sei, das Zeugnis über die ihm bezüglich der Kreditwürdigkeit von Geschäftsleuten anvertrauten Thatsachen zu verweigern. — Unter dem Schutze des Gesetzes stehen nicht bloß Mitteilungen an die genannten Personen, sondern auch, was diese in der Vertrauensstellung wahrgenommen und gethan haben [RG. 2. Nov. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 497]. Wegen Entbindung von der Verschwiegenheit s. § 250 Abs. 2 nebst Bem. Nr. 5 litt. b dazu.

7. Zu Abs. 2: Daß die Belehrung stattgefunden habe, ist zu Protokoll festzustellen. Bei wiederholter Vernehmung ist keine neue Belehrung erforderlich. (Anders StrPrO.

Digitized by Google

§ 51 Abs. 2 „vor jeder Vernehmung".) Überhaupt hängt die Benutzbarkeit einer Zeugenaussage nicht davon ab, daß der Zeuge über sein Recht, das Zeugnis zu verweigern, belehrt wurde. — Wer von dem Rechte der Zeugnisverweigerung keinen Gebrauch gemacht oder darauf verzichtet hat, kann immer noch im Verlaufe seines Verhörs oder bei einer zweiten Vernehmung davon Gebrauch machen; er kann also auch die nachträgliche Beeidigung seiner Aussage verweigern (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 348). Die Benutzung der früheren Aussage für die Beweiswürdigung wird durch die spätere Weigerung nicht ausgeschlossen. Wer das Zeugnis verweigert hat, kann sich nachträglich vernehmen lassen. [Vgl. OLG. Oldenburg SA. XLIII Nr. 63.]

8. Zu Abs. 3: Das Gericht soll die in Nr. 4 und 5 genannten Personen von der Aussage über geheimzuhaltende Thatsachen zurückhalten (KPr. S. 127, 128 f.). Die Vorschrift hat bloß instruktionelle Bedeutung.

§ 349.

Das Zeugnis kann verweigert werden:

1) **über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;**
2) **über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;**
3) **über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.**

Mot. S. 252, 253. KPr. S. 128, 548.

1. Zu Nr. 1: Das Zeugnis kann nicht deswegen verweigert werden, weil der Zeuge bei dem Ausgange des Prozesses unmittelbar beteiligt ist (§ 359 Nr. 4), sondern nur, wenn die Beantwortung der Frage dem Zeugen oder einer Person, zu der er in einem der im § 848 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde. Der Begriff des unmittelbaren Schadens ist aus dem preuß. ALR. I 6 §§ 2, 3 zu entnehmen. Danach ist der Schaden unmittelbar, der durch die Beantwortung der Frage „unmittelbar und zunächst" bewirkt wird; mittelbar der Schaden, der zwar durch die Beantwortung, aber nur in Verbindung mit einem anderen Ereignisse entsteht. Das ist keine scharfe Abgrenzung, zumal irgend welche Umstände immer hinzukommen müssen, um eine Schädigung zu bewirken; aber man muß sich damit behelfen. Unmittelbarer Schaden würde z. B. in Frage kommen, wenn in einem Alimentationsprozesse dem Zeugen die Frage vorgelegt würde, ob er selbst oder eine der ihm nahe stehenden Personen geschlechtlichen Verkehr mit der Mutter gehabt habe; nicht aber deswegen, weil der Zeuge eine Beeinträchtigung geschäftlicher Beziehungen zu befürchten hat, auch nicht deswegen, weil er bei der Beantwortung geschäftliche Verhältnisse zwischen den Parteien und den Zeugen darlegen und dadurch den Parteien deren Beweis gegenüber dem Zeugen erleichtern müßte [RG. 11. Juli 1891 SA. XLVII Nr. 168, 13. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 99 S. 381]. — Ausnahmen zu § 349 Nr. 1 s. § 350.

2. Zu Nr. 2: In den Entwürfen hieß es statt „Unehre" — „Schande". Der schwächere Ausdruck „Unehre" umfaßt jede Beeinträchtigung der bürgerlichen Ehre [vgl. RG. 23. Sept. 1887 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 173]. — Strafgerichtliche Verfolgung ist Verfolgung wegen einer mit Verbrechens-, Vergehens- oder Übertretungsstrafe bedrohten

Digitized by Google

Handlung, nicht Disziplinarverfahren. Die Gefahr eines Disziplinarverfahrens kann jedoch nach Umständen ergeben, daß die Frage dem Zeugen zur Unehre gereichen würde. Die Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung genügt; es ist nicht erforderlich, daß die Bestrafung mit Sicherheit zu erwarten ist [vgl. RG. 11. Juli 1888 Entsch. XXIII Nr. 25 S. 134].

3. Zu Nr. 3. Die Vorschrift schützt sowohl eigene Kunst- und Gewerbegeheimnisse, wie solche anderer Personen, denen gegenüber der Zeuge zur Geheimhaltung verbunden ist. Nach RG. 15. Mai 1893 SA. XLIX Nr. 213 kann der Inhalt einer mit anderen Gewerbetreibenden über die Festsetzung der Preise getroffenen Vereinbarung Gewerbegeheimnis sein.

§ 350.

In den Fällen des § 348 Nr. 1—3 und des § 349 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugnis nicht verweigern:

1) **über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;**
2) **über Geburten, Verheiratungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;**
3) **über Thatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;**
4) **über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.**

Die in § 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

Mot. S. 253. ZPr. S. 128, 548—550.

1. Zu Nr. 1: Es ist gleich, ob der Zeuge gemäß gesetzlicher Anordnung oder freiwillig zugezogen wurde, ob das Rechtsgeschäft schriftlich oder mündlich errichtet, ob der Zeuge Solennitäts- oder Beweiszeuge war. Der Beamte, der eine öffentliche Urkunde errichtet, ist nicht Zeuge im Sinne des § 350 Nr. 1.

2. Zu Nr. 2: „Familienglieder" ist im weitesten Sinne zu interpretieren. Blutsverwandtschaft ist nicht nötig.

3. Zu Nr. 3: „Durch das Familienverhältnis bedingt" sind z. B. Ansprüche eines Ehegatten gegen den anderen auf Grund des ehelichen Güterrechts, Ansprüche auf Grund Intestaterbrechts, Alimentationsansprüche auf Grund von Verwandtschaft oder Ehe [vgl. OLG. Oldenburg SA. XLVII Nr. 72], Streitigkeiten über Ausstattung und über Abfindung für Erbrecht [RG. 29. Juni 1889 SA. XLV Nr. 52, 2. Febr. 1891 SA. XLVII Nr. 73] ꝛc. Keine Vermögensangelegenheiten sind reine Statusprozesse und Ehesachen [vgl. bay. ob. LG. SA. XLIII Nr. 236].

4. Zu Nr. 4: Die Vorschrift steht in Zusammenhang mit § 414, der die Eideszuschiebung an die Rechtsvorgänger einer Partei ausschließt. „Handlungen" des Zeugen — nicht Wahrnehmungen. — „Als Rechtsvorgänger" — unmittelbarer oder mittelbarer. Auch als Nebenintervenient kann der Rechtsvorgänger des Zeugnisses sich nicht entschlagen, wenn er nicht unter § 66 fällt (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 338). — „Als Vertreter" — gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter, Geschäftsführer, Bote. Ob das Vertretungsverhältnis noch besteht oder nicht, ist gleich. Der gesetzliche Vertreter, der den Prozeß führt, kann nicht Zeuge sein; s. Bem. Nr. 1 vor § 338.

5. Zu Abs. 2: a) Ob ein Geistlicher von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit

Digitized by Google

überhaupt entbunden werden kann, ob zur Entbindung die Erklärung des Anvertrauenden genügt oder auch die Genehmigung eines geistlichen Oberen gehört, ist nach dem Kirchenrechte zu beurteilen (KPr. S. 127). Nach dem Kirchenrechte der Katholiken kann ein Geistlicher von der Verpflichtung zur Geheimhaltung des sub sigillo confessionis Anvertrauten überhaupt nicht entbunden werden, auch nicht durch den Beichtenden (C. 2 dist. 6 de poenit., c. 12 X. de poenit. 5, 38). Nach dem evangelischen Kirchenrechte kann der Beichtende den Seelsorger von der Pflicht zur Geheimhaltung entbinden; aber eine andere Entbindung, etwa durch die kirchlichen Vorgesetzten, ist nicht statthaft [vgl. Richter u. Kahl Kirch.R. § 258 N. 9]. b) Beamte (in dem in Bem. Nr. 2 zu § 341 erörterten Sinne) können von der Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit durch die vorgesetzte Behörde, die in StrGB. § 300 aufgeführten Personen können von demjenigen, dem gegenüber sie zur Verschwiegenheit verbunden sind, von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden werden. Bei Notaren kann neben der aus § 300 des StrGB. folgenden Schweigepflicht im Verhältnis zu Privatpersonen auch eine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bestehen; dann wird die Zeugnispflicht erst durch Entbindung von der doppelten Verpflichtung hergestellt [RG. 19. Sept. 1892 Entsch. XXX Nr. 106 S. 335, 31. Jan. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 741]. c) Wegen der Handelsmäkler vgl. HGB. Art. 69 Nr. 5; es ist Entbindung von Seite beider Auftraggeber nötig. d) Schöffen und Geschworene können nicht von der Schweigepflicht (GVG. § 200) entbunden werden.

§ 351.

Der Zeuge, welcher das Zeugnis verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem Termine die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 128, 129, 550.

Litteratur: Meyer Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 459 ff.

1. Zu Abs. 1: Die Verweigerung des Zeugnisses ist bei dem Gerichte zu erklären, vor das der Zeuge geladen ist. Anwaltszwang besteht nicht. Für die Glaubhaftmachung gelten die Regeln des § 266; der Zeuge kann also zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden (KPr. S. 129). — Strafe unwahrer Angaben s. StrGB. § 138.

2. Zu Abs. 2: Die unter Berufung auf den Diensteid abgegebene Versicherung wird der eidlichen Versicherung gleichgeachtet (StrGB. § 155). Wenn der Zeuge die Wahrheit der Thatsachen auf Diensteid versichert, kann kein weiterer Beweis verlangt werden; aber der Zeuge kann sich anderer Mittel zur Glaubhaftmachung bedienen.

3. Zu Abs. 3: Nur wenn die Weigerung das ganze Zeugnis betrifft, braucht der Zeuge nicht im Termine zu erscheinen.

4. Zu Abs. 4: Wenn der Beweisführer die Weigerung als begründet anerkennt,

Digitized by Google

so verzichtet er auf den Zeugen und es bedarf keiner Entscheidung. — Nicht Zustellung, sondern formlose Benachrichtigung ist vorgeschrieben.

§ 352.

Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurteil findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

1. Die Vorschriften der §§ 352—354 gelten für alle Fälle, in denen das Zeugnis mit Angabe eines Grundes verweigert wird. Die Vorschriften des § 352 sind erschöpfend, wenn der Zeuge vor dem Prozeßgerichte erscheint und das Zeugnis verweigert. Sie werden ergänzt für den Fall des Nichterscheinens vor dem Prozeßgerichte durch § 353, für den Fall des Nichterscheinens vor einem beauftr. oder ers. Richter durch § 354.

2. Durch die Zeugnisverweigerung entsteht, sofern nicht der Beweisführer auf den Zeugen verzichtet [vgl. RG. 12. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1129], ein Zwischenstreit zwischen dem Beweisführer und dem Zeugen. Der Gegner des Beweisführers kann sich daran beteiligen; er kann sich auf Seite des Beweisführers oder des Zeugen stellen. Der Zwischenstreit ist nach mündlicher Verhandlung (§ 354 Abs. 2) durch Zwischenurteil [nicht im Endurteile, s. RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 114 S. 414] vom Prozeßgerichte zu erledigen. Für die mündliche Verhandlung gelten die Vorschriften der §§ 127—134, 140—150; dagegen ist der Grundsatz, daß nur das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte bei der Entscheidung zu berücksichtigen sei, durch §§ 353, 354 Abs. 3 beseitigt. Daher sind die Regeln über die Folgen der Terminsversäumnis in dem Zwischenstreite nicht anwendbar (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 312). Das Urteil ist nicht durch Berufung, sondern durch sofortige Beschwerde anfechtbar. Wird die Weigerung für rechtmäßig erklärt, so steht die Beschwerde dem Beweisführer zu; der Gegner kann sich das Beschwerderecht verschaffen, indem er seinerseits den Zeugen als Beweismittel bezeichnet. Wird die Weigerung für unrechtmäßig erklärt, so hat nur der Zeuge das Beschwerderecht [RG. 28. Nov. 1889 Entsch. XX Nr. 87 S. 379, 3. Dez. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 751].

Auf das Zwischenurteil sind die §§ 280—291 anwendbar. Das Zwischenurteil ist also zu verkünden. Es ist mit Thatbestand und Gründen zu versehen. Die Zustellung ist Sache der Parteien. Über die Kosten des Zwischenstreits ist nach allgemeinen Regeln (§§ 87 ff.) zu erkennen. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 8 und Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

3. Erklärt das Zwischenurteil die Weigerung des Zeugen als begründet, so ist nach Erledigung der sonstigen Beweisaufnahme zur Sache zu verhandeln und zwar, wenn Termin vor dem Prozeßgerichte angesetzt war (§ 335 Abs. 1), in diesem Termine, außerdem in einem gemäß § 335 Abs. 2 von Amtswegen zu bestimmenden Termine. Erklärt eine Partei im Verhandlungstermine, daß sie gegen das noch nicht rechtskräftige Zwischenurteil Beschwerde einlegen wolle, so ist die Vertagung zu bewilligen, es wäre denn, daß das Gericht den Beweisbeschluß, soweit er die Vernehmung des Zeugen anordnete, zurücknähme. In dem späteren Termine können folgende Lagen eintreten: a) Das Zwischenurteil ist inzwischen der Partei auf Betreiben des Gegners zugestellt und durch Ablauf der Beschwerdefrist oder Verwerfung der Beschwerde rechtskräftig geworden; dann ist zur

Digitized by Google

Sache zu verhandeln. b) Es wird ein auf die Beschwerde ergangener rechtskräftiger Beschluß des Obergerichts vorgelegt, der das Zwischenurteil abändert; dann ist von Amtswegen neuer Termin zur Beweisaufnahme zu bestimmen (§ 333) und der Zeuge dazu zu laden, eventuell die Beweisaufnahme wieder einem Richterkommissare oder Amtsgerichte zu übertragen. Wurde der Termin nicht verkündet, so ist er den Parteien bekannt zu geben. c) Es ist noch keine rechtskräftige Entscheidung des Zwischenstreits vorhanden; dann ist die Verhandlung auf Antrag aufs neue zu vertagen. Der Gegner der Partei, die das Zwischenurteil anfechten will, kann durch Zustellung des Urteils die Rechtskraft herbeiführen und auf diese Weise sich gegen Verschleppung schützen.

Erklärt das Zwischenurteil die Weigerung des Zeugen als nicht begründet, so ist, sofern nicht der Zeuge dem Ausspruche sich unterwirft und sich vernehmen läßt, die Fortsetzung des Beweisverfahrens unmöglich; denn die Strafen und Zwangsmittel des § 355 setzen die Rechtskraft jenes Zwischenurteils voraus. Daher kann zunächst keine neue Ladung des Zeugen erfolgen. Ist ein Termin zur Verhandlung über die Hauptsache angesetzt, so ist die Verhandlung zu vertagen, wenn eine Partei auf der Vernehmung des Zeugen beharrt. Ist kein Termin zur Verhandlung über die Hauptsache angesetzt, so erfolgt einstweilen auch keine Terminsbestimmung von Amtswegen. Jede Partei kann durch Zustellung des Zwischenurteils dessen Rechtskraft herbeiführen. Sowie dem Gerichte durch eine Partei dargethan ist, daß das Zwischenurteil die Rechtskraft beschritten hat, ist von Amtswegen Termin zur Vernehmung des Zeugen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen (§ 333). Natürlich kann auch wieder ein Richter beauftragt oder ein Gericht ersucht werden. Bei weiterer Renitenz des Zeugen ist nach § 355 zu verfahren. Zur Verhandlung über die Hauptsache kommt es erst, wenn das Beweisverfahren durch Vernehmung des Zeugen oder durch Erschöpfung der Zwangsmittel des § 355 oder durch Verzicht auf den Zeugen beendigt ist.

[Teilweise abweichend Gaupp (2) I S. 683 (vgl. 1. Aufl. II S. 277) und Struckm. Koch N. 2: es soll nach dem Zwischenurteile kein Termin von Amtswegen bestimmt, sondern die Ladung den Parteien überlassen werden. Dagegen Wilm. Levy N. 3 zu § 352. Jene Ansicht dürfte mit dem Offizialbetriebe der Beweisaufnahme und mit §§ 333, 335 nicht wohl vereinbar sein.]

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 GO. f. RA. §§ 23 N. 1, 29 Nr. 6.

§ 353.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

Es ist Termin zur Vernehmung des Zeugen vor dem Prozeßgerichte bestimmt. Der Zeuge hat vor dem Termine seine Weigerung erklärt und ist, von der in § 351 Abs. 3 eingeräumten Befugnis Gebrauch machend, in dem Termine nicht erschienen. Dann erstattet ein Mitglied des Prozeßgerichts auf Grund der Erklärungen des Zeugen Bericht. Darauf werden die Parteien, soweit sie erschienen sind, gehört. Da die Entscheidung nicht bloß auf Grund der mündlichen Verhandlung erfolgt, so müssen auch schriftliche Parteierklärungen berücksichtigt werden. Von dem Zwischenurteile gilt das in Bem. Nr. 2 und 3 zu § 352 Gesagte.

Digitized by Google

§ 354.

Erfolgt die Weigerung von einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte werden der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen.

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129, 550.

1. § 354 betrifft nur die Weigerung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter. Hatte der Zeuge vor dem Termine seine Weigerung begründet und ist er im Termine nicht erschienen (§ 351 Abs. 3), so sind die Parteien, soweit sie erschienen sind, zu hören. Ist der Zeuge im Termine erschienen, so sind der Zeuge und die Parteien zu hören. Die Erklärungen sind zu Protokoll festzustellen. Soweit die Erklärungen des Zeugen im Termine mit früher schriftlich oder protokollarisch abgegebenen übereinstimmen, genügt die Bezugnahme darauf.

2. Erkennt der Beweisführer die Berechtigung des Zeugen zur Zeugnisverweigerung an, so liegt darin ein Verzicht auf den Zeugen. Anderenfalls sendet der beauftr. oder ers. Richter das Protokoll ꝛc. an das Prozeßgericht. Der Vorsitzende setzt Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit an. Dazu sind der Zeuge und die beiden Parteien von Amtswegen zu laden. In dem Termine ist, gleichviel ob der Zeuge und ob die Parteien erschienen sind oder nicht, über die Erklärungen des Zeugen und der Parteien Bericht zu erstatten. Sodann können der Zeuge und die Parteien mündlich ihre Anträge stellen und begründen. Neue, d. i. vor dem beauftr. oder ers. Richter nicht vorgebrachte, Thatsachen und Beweismittel dürfen jedoch nicht geltend gemacht werden, selbst wenn sie erst später entstanden wären. Die Verhandlung ist nur Schlußverhandlung nach schriftlichem Verfahren. Von dem Zwischenurteile gilt das in Bem. Nr. 2 und 3 zu § 352 Gesagte. Das Zwischenurteil kann nicht umgangen werden [RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 114 S. 414].

§ 355.

Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert, so ist der Zeuge, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung verursachten Kosten, sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurteilen.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Digitized by Google

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

Mot. S. 253, 254. KPr. S. 129—132, 550. Vgl. StrPrO. § 69.

1. Über das Verhältnis des § 355 zu § 345, über Vollzug der Verurteilung in die Kosten, über die Natur der Strafen, über deren Verhängung und Vollstreckung, über das Beschwerderecht und die Gebühren s. Bem. Nr. 1 zu § 345. — Die Strafen und Zwangsmaßregeln des § 355 können nach Anwendung des § 345 verhängt werden.

2. Wird die Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung nicht auf Gründe gestützt, so bedarf es keiner Entscheidung über deren Rechtmäßigkeit. Werden Gründe angegeben, so ist durch Zwischenurteil zu entscheiden. Erst nach Rechtskraft des Zwischenurteils kann § 355 angewendet werden. Bringt der Zeuge nachträglich neue, einerlei, ob erst entstandene oder früher schon vorhandene, Weigerungsgründe vor, so ist neue Entscheidung nötig.

Wird eine Strafe verhängt, so ist zugleich von Amtswegen ein neuer Termin zur Fortsetzung der Beweisaufnahme zu bestimmen. Wird dieser Termin verkündet, so bedarf es keiner Mitteilung an die Parteien; anderenfalls ist der Termin den Parteien von Amtswegen bekannt zu machen (§ 334). Der Zeuge muß auch zu dem verkündeten Termine von Amtswegen neu geladen werden.

3. Zu Abs. 2: Wiederholte Weigerung kann erst eintreten, wenn gegen den Zeugen eine Strafe aus § 355 Abs. 1 (nicht aus § 345) bereits verhängt und er aufs neue geladen ist. Daß die erste Strafe vollzogen sei, ist nicht erforderlich. Bei wiederholter Weigerung kann nicht nochmals auf eine Strafe aus Abs. 1 erkannt werden. Das Verfahren ist zu Ende, wenn nicht die Anordnung der Haft zur Erzwingung des Zeugnisses beantragt wird. Ausnahmen: §§ 597 Abs. 2, 621 Abs. 3. Zur Stellung des Antrags ist zunächst die Partei berechtigt, die den Zeugen benannt hat. Verlangt der Gegner, daß der erschienene Zeuge vernommen werde (§ 364), so kann er auch die Haft beantragen.

Auf die Vollstreckung der Zwangshaft sind die §§ 785—794 anzuwenden. — Die Partei, die die Haft beantragt, hat die Kosten vorzuschießen (Ausnahmen s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 792). Die Haft wird nicht auf eine bestimmte Zeit angeordnet, sondern es wird einfach „Haftbefehl" erlassen. Die Haft darf nicht länger als sechs Monate dauern (§ 794). Sie ist zu Ende, wenn der Zeuge das Zeugnis ablegt oder wenn auf seine Vernehmung verzichtet wird. Sie endigt auch mit Zurücknahme des die Vernehmung anordnenden Beweisbeschlusses, ferner dann, wenn durch ein bedingtes oder unbedingtes End-, Teil- oder Zwischenurteil die Benutzbarkeit des zu erzwingenden Zeugnisses für die Instanz ausgeschlossen ist. — Wird ein Zeuge, der bereits in der unteren Instanz eine Zwangshaft wegen Verweigerung des Zeugnisses erduldet hat, in der höheren Instanz wieder benannt, so kann er wieder wegen Zeugnisverweigerung verhaftet werden. Soweit es sich in den verschiedenen Instanzen um dasselbe Zeugnis handelt, darf die Zwangshaft insgesamt nicht über sechs Monate betragen. Wird in der höheren Instanz das Zeugnis über eine andere Thatsache verweigert, so kann von neuem eine sechsmonatige Haft vollstreckt werden (KPr. S. 129).

4. Zu Abs. 4: Wegen Militärpersonen s. Bem. Nr. 5 zu § 345 in Verb. mit Bem. Nr. 1, 2 zu § 243. — Der Abs. 4 bezieht sich auf die Strafen des Abs. 1, nicht auf die Zwangshaft des Abs. 2. Der Haftbefehl ist vom Prozeßgerichte zu erlassen; dagegen fällt der Vollzug nach §§ 793, 794 der Militärbehörde zu (KPr. S. 131 f., Anl. k zu Prot. d. 168. Sitzung).

Digitized by Google

5. Die Frage, ob und in welchem Umfange ein Zeuge, der das Zeugnis verweigert hat, dem Beweisführer zum Schadensersatze verpflichtet sei, überläßt das Gesetz dem materiellen Rechte. Die für den Regreßprozeß gegen den Zeugen in partikularen Prozeßgesetzen enthaltene Fiktion, daß der Zeuge die zum Zeugnisse gestellten Thatsachen bekundet haben würde, ist der CPrO. fremd (Mot. S. 254).

§ 356.

Jeder Zeuge ist einzeln und vor seiner Vernehmung zu beeidigen; die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zulässigkeit obwalten, bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden.

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.

Mot. S. 254—257. KPr. S. 132—136, 550, 683, 684. Vgl. StrPrO. § 60.

1. In den Entwürfen zur CPrO. war, abgesehen von den Fällen des § 358 Abs. 2, nur der promissorische Eid (Voreid) zugelassen. Dies entsprach dem früheren gem. deutschen Prozeßrechte (KGO. v. 1577 Tit. 77), dem franz. Prozeßrechte (C. de proc. art. 262), dem englisch-amerikanischen Rechte und der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungsarbeiten. In den Beratungen der JK. d. RT. wurde versucht, an Stelle des promissorischen Eides den in Preußen (AGO. I 10 § 202) und Sachsen (Ges. v. 30. Dez. 1881 § 18) üblichen assertorischen Eid (Nacheid) als die Regel einzuführen, und schließlich, einem Vermittelungsantrage entsprechend, die gegenwärtige Fassung des § 356 beschlossen. Die Beeidigung der Zeugen *vor* der Vernehmung ist hiernach die Regel. Nur aus besonderen Gründen, namentlich bei Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beeidigung (§ 358), soll die nachträgliche Beeidigung eintreten. Das Gebot der Einzelbeeidigung gilt für den promissorischen wie für den assertorischen Eid. — Wegen wiederholter Vernehmung desselben Zeugen s. § 363 Abs. 3.

2. Jeder Zeuge *muß* beeidigt werden, wenn nicht eine der unten ad a bis c aufgeführten Ausnahmen eingreift. Die Beeidigung der Zeugen ist, abgesehen von dem Falle ad c dem Ermessen des Gerichts *nicht* anheimgegeben. Das Gericht darf nicht auf Grund des § 259 Zeugen beliebig unbeeidigt vernehmen; es darf Aussagen von Zeugen, die unbeeidigt vernommen sind, obwohl sie hätten beeidigt werden sollen, nicht bei der Beweiswürdigung verwerten; vgl. Mot. S. 256. [So auch Haase Ztschr. f. d. CPr. V S. 372 ff., RG. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 408, 28. Dez. 1883 X Nr. 121 S. 408, 14. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1150 und 21. Nov. 1883 eod. S. 1151, 3. Jan. 1885 eod. XXIX S. 1100, 14. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 115 S. 416, 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1098, 22. Juni 1892 SA. XLVIII Nr. 149; vgl. a. Entsch. d. RG. in StrS. I Nr. 188 S. 403, II Nr. 45 S. 113.] Wurde ein Zeuge, der hiernach hätte beeidigt werden müssen, unbeeidigt vernommen, so ist der § 356 verletzt. Diese Verletzung des Prozeßgesetzes begründet Berufung (§ 501) und Revision (§ 512), kann jedoch nach § 267 durch Verzicht und, wenn die unbeeidigte Vernehmung nicht auf ausdrücklicher Entscheidung beruht, auch durch Präklusion des Rügerechts geheilt werden; denn das Gebot der Beeidigung ist wegen Abs. 2 des § 356 dispositives Prozeßrecht. [Vgl. RG. 5. Febr. 1884 SA. XXIX Nr. 256, 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134, 11. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 95 S. 380, 15. Apr. 1891 SA. XLVII Nr. 166, 16. Nov. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1262; s. a. Entsch. IX Nr. 110 S. 378 f. AM. Fitting Ztschr. f. d. CPr. XI S. 7 N. 5.] Daß schriftlich vorliegende, unbeeidigte Aussagen von Personen, die in einem anderen Prozesse oder durch einen Notar vernommen wurden, bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, ist dadurch nicht ausgeschlossen; denn die Aussagen sind

Digitized by Google

nicht mit Verletzung des § 356 zustande gekommen [RG. 26. Juni 1885 Entsch. XV Nr. 89 S. 342.]

Ausnahmen: a) Bei Verzicht beider Parteien auf die Beeidigung darf der Richter den Zeugen nicht beeidigen. Auf den Verzicht nur einer Partei hin kann die Beeidigung nicht unterbleiben, auch wenn die Gegenpartei nicht erschienen ist. Der Verzicht kann von dem Prozeßbevollmächtigten erklärt werden; er bedarf dazu keiner Spezialvollmacht (KPr. S. 134, 135). Der Verzicht gilt bloß für die Instanz [RG. 10. Juli 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 163 f.]. Die Würdigung der Beweiskraft der Aussage eines Zeugen, auf dessen Beeidigung verzichtet ist, steht im freien richterlichen Ermessen; das Gericht ist nicht gebunden, einer solchen Zeugenaussage die gleiche Beweiskraft beizumessen, wie einer beeidigten; aber es kann dies thun. — Verzicht auf die Beeidigung ist ausgeschlossen in Ehesachen (§ 577) und im Entmündigungsverfahren (§§ 611, 624, 626); folgerichtig auch, wenn die Zeugenvernehmung die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte — s. Bem. Nr. 8 zu § 261 — betrifft [vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 398 ff.].

b) Die in § 358 Nr. 1 und 2 aufgeführten Personen dürfen nicht beeidigt werden. Wegen der Beweiskraft ihrer Aussagen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 358.

c) Die Beeidigung der in § 358 Nr. 3, 4 aufgeführten Personen steht im Ermessen des Gerichts. Wegen der Beweiskraft ihrer Aussagen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 358.

3. Hat der beauftr. od. der ers. Richter einen Zeugen unbeeidigt vernommen, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen zur unbeeidigten Vernehmung vorlagen, so muß die nachträgliche Beeidigung von dem Prozeßgerichte angeordnet werden, wenn nicht die in der Vernehmung ohne Eid gelegene Gesetzesverletzung durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts geheilt ist.

4. Wegen Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 44.

§ 357.

Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde;

der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.

Mot. S. 255. KPr. S. 132—135, 550, 551, 683—685. Vgl. StrPrO. § 61.

1. Auf das Verfahren bei Abnahme des Zeugeneides finden die §§ 440—446 Anwendung. Versicherung der Richtigkeit der Aussage auf einen geleisteten Diensteid ist nicht zulässig. — Wegen des Gebrauchs von Beteuerungsformeln an Stelle des Eides s. § 446.

2. Ist der Zeuge berechtigt, das Zeugnis teilweise zu verweigern, so bezieht sich der promissorische Eid nicht auf die betreffenden Punkte. Dies braucht nicht durch einen Vorbehalt im Eide ausgesprochen zu werden. Übrigens kann ein solcher Vorbehalt eingeschaltet werden, wenn der Zeuge es zur Beruhigung seines Gewissens verlangt.

§ 358.

Unbeeidigt sind zu vernehmen:

1) **Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen**

Digitized by Google

Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;

2) Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;

3) die nach § 348 Nr. 1—3 und § 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, die im § 348 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgeschlagen sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;

4) Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar beteiligt sind.

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen anordnen.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 135, 136, 551, 552. Vgl. StrPrO. §§ 56, 57.

1. Das Gesetz gebietet nicht, daß die Vernehmung eines Zeugen wegen persönlicher Beziehungen zu den Parteien oder aus anderen ihre Glaubwürdigkeit beeinträchtigenden Gründen unterbleibe, aber es verbietet dem Gerichte die Beeidigung gewisser Zeugen (§ 358 Nr. 1 und 2) und stellt die Beeidigung anderer Zeugen, gegen deren Glaubwürdigkeit ein Bedenken obwaltet, in das richterliche Ermessen (§ 358 Nr. 3 und 4). — Die Würdigung der Beweiskraft von unbeschworenen Aussagen ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt [vgl. RG. 28. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 137 S. 416 f.]. Thatsächlich wird der unbeeidigten Aussage meistens eine geringere Beweiskraft als der beeidigten zukommen. Daß die Partei, zu deren Ungunsten die Aussage lautet, den Zeugen vorschlug, ist kein Grund, über die Unglaubwürdigkeit der Aussage wegzusehen [RG. 21. Sept. 1887 SA. XLIII Nr. 233].

Die die Beeidigung ausschließenden Umstände sind von Amtswegen zu berücksichtigen. Die Parteien können auf einen solchen Umstand hinweisen. Verlangt eine Partei eine Entscheidung darüber, ob der Zeuge beeidigt werden soll, so kann nur das Prozeßgericht und zwar nur nach mündlicher Verhandlung die Entscheidung fällen. Die Entscheidung ergeht in Beschlußform, sofern kein Zwischenstreit vorliegt. Ein Zwischenstreit liegt vor, wenn eine Partei die Beeidigung, die andere die Unterlassung der Beeidigung verlangt (vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 275). Über den Zwischenstreit ist durch Zwischenurteil oder in den Gründen des Endurteils zu entscheiden. Die Entscheidung ist nicht selbständig, sondern nur mit dem Endurteile anfechtbar; es findet keine Beschwerde statt, weil vorgängige mündliche Verhandlung erforderlich ist [vgl. OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 68]. Ergiebt sich bei der Beweisaufnahme vor dem beauftr. o. ers. Richter ein Streit darüber, ob ein Zeuge zu beeidigen sei, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen.

2. Zu Nr. 1: Ob eine Person wegen mangelnder Verstandesreife ꝛc. eidesunfähig ist, hat der Richter nach freiem Ermessen festzustellen. Nötigenfalls sind an den Zeugen zunächst geeignete Fragen zu stellen.

3. Zu Nr. 2: Nach StrGB. § 161 ist bei jeder Verurteilung wegen vorsätzlichen Meineides mit Ausnahme der Fälle in StrGB. §§ 157, 158 auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen. Unter Nr. 2 fallen auch Personen, denen auf Grund früherer oder ausländischer Strafgesetze die Fähigkeit zur Leistung des Zeugeneides aberkannt ist, wenn diese Straffolge bei einer Verurteilung ausgesprochen ist, wobei sie auch nach StrGB. § 161 eintreten würde.

4. Zu Nr. 3: Da die in den §§ 348 Nr. 1—3, 349 Nr. 1 und 2 aufgeführten

Digitized by Google

Personen bezüglich der in § 350 Nr. 1—4 bezeichneten Thatsachen nicht zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, so müssen sie, wenn sie nur über solche Thatsachen zu vernehmen sind, beeidigt werden [RG. 2. Febr. 1891 SA. XLVII Nr. 73]. Wer teils über Thatsachen, die unter § 350 Nr. 1—4 fallen, teils über andere zu vernehmen ist, muß über die letzteren beeidigt vernommen werden [RG. 11. Juli 1888 Entsch. XXIII Nr. 25 S. 134].

5. Zu Nr. 4: Litteratur: Hangen Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft sowie Fälle der unmittelbaren Beteiligung beim Ausgange des Rechtsstreites (Lahr 1895) S. 55 ff. — Unmittelbar beteiligt bei dem Ausgange des Rechtsstreits sind nur die Personen, deren Rechts- oder Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhange mit dem Streitgegenstande steht, z. B. Mitberechtigte, Mitverpflichtete, Regreßpflichtige, Bürgen, der Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters ꝛc. Nicht unmittelbar beteiligt sind Personen, die nur ein thatsächliches oder wirtschaftliches Interesse am Ausgange des Streits haben, z. B. die mutmaßlichen Erben, die Alimentationspflichtigen, die Gläubiger der Parteien, die Agenten oder Handlungsgehülfen bezüglich der unter ihrer Mitwirkung abgeschlossenen Geschäfte ꝛc. [Vgl. RG. 15. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 121 S. 411 (hier ist die Entstehungsgeschichte der Nr. 4 des § 358 ausführlich dargestellt), 20. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1098, 3. Jan. 1885 eod. S. 1101, OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 259, 16. Nov. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1262, 10. Juli 1893 SA. XLIX Nr. 129.]

6. Zu Abs. 2: Die nachträgliche Beeidigung kann nur von dem Prozeßgerichte, nicht von dem beauftr. oder dem ers. Richter angeordnet werden. Sie wird ausgeschlossen durch den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung (KPr. S. 135). Im übrigen steht sie im Ermessen des Gerichts. Dieses wird die Beeidigung anordnen, wenn es die Aussage für wahr hält und darum kein Bedenken trägt, deren Gewicht durch die Beeidigung noch zu verstärken. Verkehrt wäre es, wenn das Gericht durch nachträgliche Beeidigung die Zurücknahme einer nicht glaubwürdigen Aussage erzwingen wollte. Das Berufungsgericht kann die nachträgliche Beeidigung nicht ohne neue Vernehmung anordnen [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 343]. — Hat das Gericht in der irrtümlichen Annahme, die in Nr. 3 und 4 genannten Personen dürften nicht beeidigt werden, die Beeidigung nicht in Erwägung gezogen, so ist das Gesetz verletzt [RG. Entsch. VIII S. 409]. Wird darüber, ob ein Zeuge nachträglich beeidigt werden solle, eine Entscheidung verlangt, so finden die in Bem. Nr. 1 Abs. 2 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung.

§ 359.

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenüber gestellt werden.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 136, 552. Vgl. StrPrO. § 58.

1. Die abgehörten Zeugen können während der Vernehmung anderer Zeugen anwesend sein. Natürlich kann das Gericht einen abgehörten Zeugen veranlassen, während der Vernehmung eines anderen Zeugen abzutreten. Die vernommenen Zeugen dürfen sich erst nach Schluß des Termins entfernen, wenn sie nicht früher vom Gerichte entlassen werden.

2. Die Gegenüberstellung von Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, ist fakultativ, aber unabhängig von einem Antrage der Parteien. Zum Zwecke der Gegenüberstellung kann die wiederholte Vernehmung eines Zeugen angeordnet werden (§ 363 Abs. 1).

Digitized by Google

§ 360.

Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntnis, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 136, 552. Vgl. StrPrO. § 67.

1. Die Vernehmung beginnt mit den auf die Person des Zeugen bezüglichen Generalfragen. Weitere Generalfragen sind nur „erforderlichenfalls" vorzulegen.

2. Der Zeugeneid erstreckt sich auch auf die Beantwortung der Generalfragen. Hat der Vorsitzende, um sich über die Identität des Zeugen und darüber, ob der Zeuge nicht zu den in § 358 genannten Personen gehört, zu vergewissern, vor Abnahme des promissorischen Eides Generalfragen an den Zeugen gerichtet, so ist der Zeuge nach der Eidesleistung aufzufordern, die Richtigkeit der vorausgegangenen Antworten zu versichern (KPr. S. 135). Vgl. Rspr. d. RG. i. StrS. VI S. 68.

§ 361.

Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.

Mot. S. 255—257. KPr. S. 136—139, 552. Vgl. StrPrO. §§ 68, 239 Abs. 1.

1. Die Vernehmung der Zeugen und die Stellung der nötigen Fragen ist zunächst Sache des Vorsitzenden. Dieser kann aber nach der Beeidigung die Vernehmung einem Beisitzer überlassen. Zur Stellung einzelner Fragen **muß** den Beisitzern das Wort gegeben werden.

2. Der Zeuge hat mündlich auszusagen. In dem mündlichen Vortrage können Aufzeichnungen über einzelne Punkte, z. B. über Zahlen, Maße ꝛc., abgelesen und übergeben werden. Die ganze Aussage darf nicht abgelesen und nicht schriftlich übergeben werden. Die Rüge der darin gelegenen Gesetzwidrigkeit kann jedoch nach § 267 ausgeschlossen werden [RG. 10. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1133, 1. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 21 S. 116]. Eine nachträglich eingereichte schriftliche Erklärung darf nicht berücksichtigt werden [RG. 3. Mai 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1172]. Wegen Vernehmung tauber oder stummer Personen s. GVG. § 188.

3. Der Zeuge sowie die Haupt- und Nebenparteien, nicht aber die Beisitzer und der Gerichtsschreiber, können eine Frage des Vorsitzenden als unzulässig beanstanden und über die Zulässigkeit, nicht aber über die Zweckmäßigkeit der Frage, eine Entscheidung (Beschluß) des Gerichts herbeiführen; vgl. Bem. Nr. 1—4 zu § 131. Unzulässig sind durch das Gesetz verbotene Fragen (§ 348 Abs. 3), ferner suggestive, verfängliche und nicht zur Sache gehörige Fragen.

Beanstandet eine bei der Verhandlung beteiligte Person die Frage eines Beisitzers, so greift zunächst der Vorsitzende kraft seiner Direktorialbefugnis (§ 127) ein. Hält er die Frage aufrecht, so können die Beteiligten wieder die Entscheidung des Gerichts ver-

Digitized by Google

anlassen. Weist der Vorsitzende die Frage eines Beisitzers zurück, so kann dieser keine Entscheidung des Gerichts provozieren.

Wegen Beanstandung der Zulässigkeit einer Frage bei Zeugenvernehmungen vor dem beauftr. oder ers. Richter s. Bem. litt. d zu § 365.

§ 362.

Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

Mot. S. 256. KPr. S. 139, 140, 552, 685, 686. Prot. d. 168sten Sitzung S. 3.

1. Den Parteien oder ihren Bevollmächtigten kann die Vernehmung eines Zeugen nicht überlassen werden (anders StrPrO. § 238). Nur die Stellung einzelner Fragen im Nachtrage zur Vernehmung ist ihnen zu gestatten.

2. Zu Abs. 1: „Vorlegen zu lassen" — d. i. durch den Vorsitzenden. Von der direkten Fragestellung handelt Abs. 2. — „Welche sie erachten" — es soll prinzipiell jede Frage gestellt werden dürfen, die nicht unzulässig ist; über unzulässige Fragen s. Bem. Nr. 3 Abs. 1 zu § 362. (Vgl. KPr. S. 140.)

3. Zu Abs. 2: Die Partei selbst, der gesetzliche Vertreter einer Partei und der Bevollmächtigte, der kein Anwalt ist, haben kein Recht auf direkte Fragestellung; doch kann der Vorsitzende sie ihnen gestatten. Die Anwälte haben sowohl im Anwalts- wie auch im Parteiprozesse ein Recht auf direkte Fragestellung; doch haben sie vorher den Vorsitzenden um die Erlaubnis dazu anzugehen. Sollte der Vorsitzende entgegen der klaren Gesetzesvorschrift die Erlaubnis verweigern, so stände Provokation an das Gericht offen (§ 131).

4. Zu Abs. 3: Die Entscheidung des Gerichts wird notwendig: a) wenn der Vorsitzende eine von der Partei beantragte Frage dem Zeugen vorzulegen verweigert (Abs. 1); b) wenn eine Partei oder ein Anwalt, nachdem die direkte Fragestellung gestattet ist (Abs. 2), eine Frage stellt, die der Vorsitzende für unzulässig hält; c) wenn eine bei der Verhandlung beteiligte Person (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 361) eine Frage der Partei oder des Anwalts für unzulässig erklärt. Die Entscheidung (Beschluß) ist nicht selbständig anfechtbar. Nur über die Zulässigkeit, nicht über die Zweckmäßigkeit einer Frage kann die Entscheidung verlangt werden. Welche Fragen unzulässig sind, s. Bem. Nr. 3 Abs. 1 zu § 361.

5. Die Vorschriften des § 362 finden auf die Zeugenvernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter Anwendung (§ 365).

§ 363.

Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der

Digitized by Google

Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552. Prot. d. 163sten Sitzung, Anl. C.

1. Zu Abs. 1: Die wiederholte Vernehmung kann vom Prozeßgerichte nach mündlicher Verhandlung auf Antrag oder von Amtswegen durch Beschluß angeordnet werden. Sie kann z. B. nötig werden, wenn die frühere Aussage unvollständig oder unklar ist, wenn Zeugen gegenüber gestellt werden sollen, wenn die Besetzung des Gerichts wechselte, wenn die Aussage in der Erinnerung der Richter verwischt ist. Ordnet das Prozeßgericht die wiederholte Vernehmung an, so kann es anordnen, daß der von dem beauftr. oder ers. Richter vernommene Zeuge vor dem Prozeßgerichte vernommen werde — und umgekehrt. — Auch der beauftragte und ersuchte Richter kann die Vernehmung eines Zeugen wiederholen (§ 365 a. E.).

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift hängt zusammen mit § 365, wo der beauftragte und ersuchte Richter zur vorläufigen Entscheidung über die Zulässigkeit einer Frage ermächtigt ist.

3. Zu Abs. 3: Bei der wiederholten (Abs. 1) wie bei der nachträglichen (Abs. 2) Vernehmung steht es im Ermessen des Prozeßgerichts und des beauftr. od. ers. Richters, die Beeidigung zu wiederholen oder den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern zu lassen. Die frühere Fassung des Abs. 3: „Bei der wiederholten oder nachträglichen Vernehmung genügt statt der Beeidigung die Berufung auf den geleisteten Eid" wurde geändert, um die Auslegung, daß die Beeidigung nicht wiederholt werden dürfe, auszuschließen (vgl. Anl. C zum Prot. der 163. Sitzung d. JK. d. RT.). Bloße Hinweisung auf den früher geleisteten Eid ersetzt die Versicherung der Richtigkeit der Aussage nicht; aber die durch die Unterlassung begangene Gesetzesverletzung kann nach § 267 gehoben werden [RG. 24. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 110 S. 377].

4. § 363 ist auch in der Berufungsinstanz anwendbar; insbesondere auch Abs. 3 bezüglich der in erster Instanz vernommenen Zeugen. [Vgl. Haase Ztschr. f. d. CPr. V S. 378 ff. AM. Bünger eod. IV S. 369 N. 4.]

§ 364.

Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552.

1. Der Grundsatz des früheren gem. Prozeßrechts, daß durch die Beweisantretung die Beweismittel gemeinschaftlich werden [Wetzell Syst. § 25 N. 3a], ist der CPrO. fremd. Die Aufnahme der Beweise geschieht auf Vorschlag des Beweisführers; dieser kann daher, solange der Beweis noch nicht aufgenommen ist, auf den angebotenen Beweis ohne Zustimmung des Gegners verzichten. Da aber der Gegner sich seinerseits des aufgegebenen Beweismittels bedienen kann, so ist zur Vereinfachung und Beschleunigung bestimmt, daß der anwesende Gegner, die Vernehmung des erschienenen Zeugen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, die Fortsetzung der Vernehmung verlangen kann. Ob der Verzicht in dem Termine oder vorher erklärt wurde, macht, wenn der Zeuge erschienen ist, keinen Unterschied. Der § 364 gilt sowohl für den Fall, daß der Termin vor dem Prozeßgerichte, als für den Fall, daß er vor einem beauftr. oder ers. Richter anberaumt war (Mot. S. 257).

Digitized by Google

Dem § 364 entspricht der auf den Beweis durch Urkunden bezügliche § 401.

2. Auch wenn der Gegner von der in § 364 gewährten Befugnis keinen Gebrauch gemacht hat, ist er immer noch in der Lage, einen Zeugen, auf den der Gegner verzichtet hat, seinerseits vorzuschlagen (KPr. S. 140). — Die Partei, die auf einen Zeugen in der ersten Instanz verzichtet hat, kann denselben in der Berufungsinstanz wieder vorschlagen.

§ 365.

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnisverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

KPr. S. 140, 552.

Durch § 365 ist der beauftragte und der ersuchte Richter ermächtigt:

a) den ausgebliebenen Zeugen in die Kosten zu verurteilen (wegen Festsetzung der Kosten s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 345), ihn zu bestrafen und dessen zwangsweise Vorführung anzuordnen (§ 345);

b) den erschienenen Zeugen, der ohne Grundangabe oder nach rechtskräftiger Verwerfung des geltend gemachten Grundes das Zeugnis oder die Eidesleistung verweigert, zu bestrafen, auch die Zwangshaft gegen ihn zu verhängen (§ 355);

c) die nach §§ 345 oder 355 getroffenen Verfügungen jederzeit, auch nachdem der Auftrag erledigt ist, zurückzunehmen (vgl. § 346).

Gegen die Verfügungen ad a und b kann die Entscheidung des Prozeßgerichts angerufen werden (§ 539 Abs. 1). Die Beschwerde (§§ 345 Abs. 3, 355 Abs. 3) findet erst gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt.

d) Der beauftr. und der ers. Richter ist ferner ermächtigt, über die Zulässigkeit einer beanstandeten, von ihm selbst gestellten oder gemäß § 361 Abs. 1 oder 2 von der Partei verlangten oder gestellten Frage *vorläufig* zu entscheiden. Die Entscheidung ist, wie jede Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters, Verfügung. Entscheidet der Richter, daß die Frage zulässig sei, so wird die Frage gestellt; das Prozeßgericht kann nicht um vorherige Entscheidung angegangen werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 699. Unrichtig Hellmann Komm. II S. 256.] Nur, wenn der Zeuge die Beantwortung der Frage unter Angabe eines Grundes verweigert, ist nach § 354 die Sache dem Prozeßgerichte zur Entscheidung vorzulegen. Bei Weigerung ohne Grundangabe wird der Zeuge bestraft. — Die Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters über die Zulässigkeit einer Frage ist insofern provisorisch, als das Prozeßgericht nach mündlicher Verhandlung eine andere Entscheidung treffen kann. Fällt diese Entscheidung dahin aus, daß die vom beauftr. od. ers. Richter für unzulässig erachtete Frage zulässig sei, so ist nach § 363 Abs. 2 zu verfahren. Anderenfalls ist die Antwort auf die nach Ansicht des Prozeßgerichts nicht zulässige Frage bei der Beweiswürdigung außer Betracht zu lassen. Ein Änderungsgesuch im Sinne des § 539 ist gegen die Entscheidung des beauftr. od. ers. Richters nicht zulässig, ebensowenig eine Beschwerde gegen die Entscheidung (Beschluß) des Prozeßgerichts [RG. 1. Dez. 1888 SA. XLIV Nr. 287].

e) Der beauftr. oder ers. Richter kann die wiederholte Vernehmung eines Zeugen verfügen, wenn die frühere Vernehmung lückenhaft war. Wegen des Termins s. § 333.

Digitized by Google

§ 366.

Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumnis und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.

Mot. S. 257. KPr. S. 140, 552. Vgl. StrPrO. § 70.

Maßgebend ist die GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173 ff.) mit dem Ergänzungsgesetze v. 11. Juni 1890 (RGBl. S. 76). Wegen Berechnung der Gebühren und Gewährung eines Reisevorschusses vgl. a. GVG. § 166. Die Gebühren werden nur auf Verlangen gewährt. Die Ansprüche der Zeugen richten sich gegen die Kasse des Staates, vor dessen Gericht der Zeuge geladen ist; also im Falle der Ladung vor ein ersuchtes Gericht gegen die Kasse des Staates, dem dieses Gericht angehört.

Achter Titel.

Beweis durch Sachverständige.

1. Litteratur: Gönner Handb. 2. Aufl. II S. 427 ff., Bayer Vorträge § 249, Renaud 2. Aufl. S. 314 ff., Wetzell Syst. 3. Aufl. S. 528 ff., Mittermaier Arch. f. c. Pr. II S. 119 ff., Walther eod. XXVI S. 85 ff., 249 ff. (daselbst ist die ältere Litt. ziemlich vollständig zusammengestellt), Strippelmann die Sachverständigen (Kassel 1868), Wach Kr. VJSchr. XIV S. 333 ff., Vortr. S. 57 ff., M. Obermeyer d. S. v. d. Sachverständigen (München 1880), Birkmeyer in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 512 ff., v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. II S. 328 ff., Langenbeck eod. IV S. 489 ff., A. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 243 ff., Wendt eod. LXIII S. 269 ff., Planck II § 122 S. 267 ff., Stein d. private Wissen des Richters S. 54 ff.; vgl. a. Glaser Handb. d. StrPr. I S. 670 ff., John StrPrO. I S. 514 ff., v. Kries Lehrb. d. StrPr. § 49.

2. Welche Stellung der Sachverständige (Kunstverständige, Experte) im Prozesse einnimmt, ist bestritten. Dogmengeschichtliche Angaben s. bei Walther und Obermeyer a. a. O. Ältere Schriftsteller stellen die Sachverständigen den Zeugen ganz gleich. Einige unterscheiden zwischen Zeugen und Sachverständigen, bezeichnen jene als faktische, diese als rationale Zeugen, ohne von dem Zeugenbegriffe los zu kommen. Andere unterscheiden zwischen den auf Antrag der Parteien und den von Amtswegen beigezogenen Sachverständigen und betrachten jene als Beweismittel, diese als Richtergehülfen. [So Mittermaier Arch. f. c. Pr. II S. 119 ff., Walther a. a. O. S. 111 und Obermeyer S. 52.] Wieder andere [z. B. Bayer, Renaud, Birkmeyer a. a. O.] unterscheiden zwischen wahrnehmenden (darstellenden) und urteilenden Sachverständigen. Unter jenen verstehen sie diejenigen, die vor der Aussage erst noch eine Wahrnehmung machen müssen, also namentlich die zum Augenscheine beigezogenen Sachverständigen, deren Aufgabe es ist, die dem Richter bei dem Augenscheine vorliegenden Thatsachen kunstgemäß zu bezeichnen; unter urteilenden Sachverständigen diejenigen, die aus erwiesenen oder selbst noch des Beweises bedürftigen Thatsachen eine Folgerung ziehen, wozu besondere Kenntnisse gehören. Die wahrnehmenden Sachverständigen sollen den Zeugen näher stehen, als die urteilenden. Diese Unterscheidungen verwerfend, betrachten andere [zuerst wohl Gönner, in letzter Zeit besonders Wetzell a. a. O.] die Sachverständigen als Richtergehülfen.

Das Gesetz behandelt die Sachverständigen ohne Unterscheidung zwischen den auf Antrag und den von Amtswegen beigezogenen, zwischen wahrnehmenden und urteilenden Sachverständigen, als Richtergehülfen. Vgl. die Motive S. 258.

Digitized by Google

Hieraus ergeben sich folgende Sätze: a) Das Gericht kann von Amtswegen die Begutachtung von Sachverständigen anordnen (§ 135). b) Die Auswahl der Sachverständigen erfolgt durch das Gericht (§ 369 Abs. 1—3; nicht ganz passend: Abs. 4). c) Die Sachverständigen können wie Gerichtspersonen abgelehnt werden (§ 371). d) Das Gericht kann nach freiem Ermessen weitere Gutachten einholen (§ 377). e) Der Richter ist nicht genötigt, auf Parteiantrag Sachverständige beizuziehen, wenn er sich selbst die erforderliche Sachkunde beimißt, er darf seine eigenen Kenntnisse verwerten. Der nordd. Entw. § 538 sprach dies ausdrücklich aus. Mit Recht erklären die Mot. S. 258 eine derartige Bestimmung für „teils entbehrlich, teils bedenklich". Sie ist entbehrlich, weil der Satz schon aus der Stellung der Sachverständigen als Richtergehülfen folgt, bedenklich, weil sie dazu verleiten könnte, übergroßes Gewicht auf eigene Sachkunde zu legen. Die Spezialvorschriften in CPrO. § 407 und GVG. § 118 sind nicht als Ausnahmen, sondern als Anwendungen der Regel zu betrachten. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 zu § 368, Wilm. Levy (6) S. 578, Gaupp I S. 703, Petersen (2) N. 1 zu § 367, Obermeyer a. a. O. S. 86 ff., Heusler a. a. O. S. 264, Stein a. a. O. S. 75 ff. AM. v. Bülow N. 2 zu § 368.] Ein Gebot, Sachverständige beizuziehen, besteht nur im Entmündigungsverfahren (§§ 593, 598).

Dem Standpunkte des Gesetzes widerspricht es nicht, daß auf den Beweis durch Sachverständige die Vorschriften über den Zeugenbeweis vorbehaltlich der abweichenden Bestimmungen des achten Titels entsprechende Anwendung finden; denn durch die Bestimmungen des achten Titels sind die Vorschriften über den Zeugenbeweis in den Punkten, in denen sie der Stellung des Sachverständigen als Richtergehülfen widersprächen, modifiziert.

3. Von den Sachverständigen zu unterscheiden sind die sog. sachverständigen Zeugen, d. s. Personen, die über vergangene Thatsachen oder Zustände aussagen sollen, zu deren Wahrnehmung besondere Sachkunde erforderlich war. Auf diese finden nur die Vorschriften über Zeugenbeweis Anwendung (§ 379).

4. Von Sachverständigen handeln folgende Reichsgesetze: HGB. Art. 57, 162, 254, 348, 365, 407, 499, 522, 573, 609, 612, 614, 711, 713, 714, 721. Vgl. dazu EG. z. CPrO. § 13 Abs. 4. — Ges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc., §§ 30, 31, 43, 49, 56. — Ges. v. 31. März 1873, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, § 12. — Ges. v. 13. Juni 1873 über die Kriegsleistungen §§ 12, 19, 24—26, 33; dazu Verordn. v. 1. April 1876 I Nr. 1 Ziff. 3, Nr. 5—8, IV Nr. 12, VII Nr. 16. — Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 § 17. — Ges. v. 13. Febr. 1875 über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden § 14; dazu Instr. v. 2. Sept. 1875 Nr. 8. — Ges. v. 9. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, § 16. — Ges. v. 10. Jan. 1876, betr. den Schutz der Photographien, § 10. — Ges. v. 11. Jan. 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, § 14. — Ges. v. 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hülfskassen §§ 25, 26. — GVG. §§ 118, 166, 178, 179, 182, 183. — StrPrO. §§ 72—85. — KO. §§ 67, 113. — Ges. v. 27. Juli 1877, betr. die Untersuchung von Seeunfällen, § 7 Abs. 3, § 16 Abs. 2, § 19 Abs. 2, § 29. — Ges. v. 10. Juli 1879, betr. die Konf.Gerichtsbarkeit, § 39. — Ges. v. 16. Juli 1879, betr. die Besteuerung des Tabaks, § 7. — Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884, §§ 91, 92, 101, 107; dazu die VO. v. 2. Nov. 1885 über d. Verf. vor den auf Grund dieses Gesetzes errichteten Schiedsgerichten §§ 16, 17. — Ges. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversich. d. i. land- und forstwirtsch. Betrieben besch. Arbeiter, § 54, 58, 91, 92, 111, 121, 127; dazu die VO. v. 1. Dez. 1890 über d. Verf. vor den auf Grund dieses Gesetzes errichteten Schiedsgerichten §§ 15—17. — Ges. v. 21. Juni 1884, betr. Abänderung und Ergänzung der Gesetze über die Quartierleistung u. über die Naturalleistungen an die bewaffnete Macht

Digitized by Google

im Frieden, §§ 4, 7. — Ges. v. 13. Juli 1887, betr. die Unfallversicherung der Seeleute ꝛc., §§ 56, 63, 115. — Ges. v. 22. Juni 1889, betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung, §§ 74, 141. — Ges. v. 29. Juli 1890, betr. die Gewerbegerichte, §§ 44, 54, 59, 70. — Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 §§ 14, 18, 25, 30, 32; dazu VO. v. 6. Dez. 1891 § 9. — Reichsstempelgesetz in d. Fass. d. Bekanntm. v. 27. Apr. 1894 § 41. Ges. z. Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 § 11; dazu VO. v. 30. Juni 1894 § 3. — Strafbestimmungen gegen Sachverständige enthält das StrGB. in §§ 138, 154, 155 Nr. 2, 157, 161.

§ 367.

Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

Mot. S. 257, 258. KPr. S. 140, 552. Vgl. StrPrO. § 72.

Übersicht: § 338 ist ersetzt durch § 368. — § 339 findet auf den Beweis durch Sachverständige keine Anwendung. Einerseits ist nämlich die Befugnis des Gerichts, die Vernehmung neuer Sachverständiger zurückzuweisen, nicht auf die Voraussetzungen beschränkt, die § 339 zur Zurückweisung der Vernehmung erfordert; wenn das Gericht kein Bedürfnis nach Zuziehung von Sachverständigen für vorhanden erachtet, so kann es nicht bloß die Vernehmung neuer Sachverständiger, sondern die Vernehmung von Sachverständigen überhaupt ablehnen, ohne den Antrag des Gegners abwarten und ohne die Überzeugung haben zu müssen, daß die Partei in der Absicht den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Sachverständigen nicht früher benannt hat. Andererseits ist nicht abzusehen, wieso das Gericht, wenn es zur Wahrheitsermittelung der Sachverständigen noch zu bedürfen glaubt, einen Antrag auf Vernehmung von solchen wegen Verspätung abweisen könnte, da das Gericht in diesem Falle doch von Amtswegen Sachverständige beiziehen müßte. [Vgl. Obermeyer a. a. O. S. 92, Gaupp I S. 704, Struckm. Koch N. 1 zu § 339. AM. Wilm. Levy N. 1, Hellmann Komm. II S. 267, Lehrb. S. 566, RG. 7. Okt. 1882 Entsch. VII S. 392 (beiläufig), bay. ob. LG. Samml. v. Entsch. IX S. 514 (diese Entscheidung ist übrigens im Ergebnisse aus den S. 515 angef. Gründen gerechtfertigt.) — § 340 findet entsprechende Anwendung. Es ist möglich, daß die besonderen Kenntnisse, die der Sachverständige in dem Gutachten verwerten soll, Gegenstand der Amtsverschwiegenheit sind, z. B. die Kenntnis der Fabrikationsmethode gewisser in Staatswerkstätten gefertigter Waffen. — Die §§ 342 und 343 finden entsprechende Anwendung. — § 344 findet auf den von einer Partei angetretenen Sachverständigenbeweis entsprechende Anwendung (vgl. a. GKG. §§ 84 und 85); doch kann das Gericht, auch wenn der Vorschuß innerhalb der bestimmten Frist nicht geleistet wurde, immer noch die Zuziehung der Sachverständigen ex officio beschließen [RG. 7. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 118 S. 390]. — § 345 ist durch § 374 ersetzt. Nur die Bestimmung, daß die Verurteilung zur Ungehorsamsstrafe von Amtswegen erfolgt, ist anwendbar. Die §§ 346—349 finden entsprechende Anwendung. — § 350 hat keine Bedeutung. — Die §§ 351—354 finden entsprechende Anwendung. — § 355 ist durch § 374 ersetzt. Nur die Bestimmung, daß die Verurteilung zur Strafe von Amtswegen erfolgt, ist anwendbar. — § 356 ist durch § 375 ersetzt. Nur die Vorschrift der Einzelbeeidigung ist anwendbar. — § 357 ist durch § 375 ersetzt. — § 358 ist nicht anwendbar; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 375. — § 359 findet entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, daß ein gemeinsames Gutachten mehrerer Sachverständiger verlangt werden kann; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 376. — Die §§ 360—363 finden entsprechende Anwendung. — § 364 ist nicht anwendbar; der Verzicht der Parteien auf

Digitized by Google

die Vernehmung von Sachverständigen nötigt das Gericht nicht, von der Vernehmung abzustehen (nordd. Entw. § 551). Natürlich kann das Gericht auf Anregung der Partei nach mündlicher Verhandlung den Beweisbeschluß, der Sachverständige ernannte, zurücknehmen oder ändern. — § 365 findet entsprechende Anwendung. — § 366 ist durch § 378 ersetzt.

§ 368.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

Mot. S. 258. KPr. S. 140, 552.

Da das Gericht befugt und verpflichtet ist, Sachverständige ohne Parteiantrag zu ernennen, wenn es deren bedarf (§ 135), andererseits auch auf Parteiantrag Sachverständige nicht ernennen muß, wenn es deren nicht zu bedürfen glaubt (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 litt. e vor § 367), so ist der Antrag auf Beiziehung von Sachverständigen nur Anregung der Offizialthätigkeit (nordd. Pr. S. 752 f.); daher braucht die Partei Sachverständige nicht zu benennen. Auch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte dient nur zur Information des Gerichts; das Gericht kann andere Punkte zur Begutachtung aussetzen. Wegen Bezeichnung dieser Thatsachen im Beweisbeschlusse und in der Ladung s. § 324 Nr. 1 und 342 Nr. 2.

§ 369.

Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.

Mot. S. 258. 259. KPr. S. 140—142. 552. Vgl. StrPrO. § 73.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 litt. b vor § 367. Zu Sachverständigen kann das Gericht nur bestimmte Personen ernennen. Es kann zwar auch Gutachten von Kollegien und Behörden, z. B. von den nach den Reichsgesetzen v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339) §§ 31, 49, v. 9. Jan. 1876 (RGBl. S. 4) § 16, v. 10. Jan. 1876 (RGBl. S. 11) § 14 gebildeten Sachverständigenvereinen, vom Patentamte (vgl. RG. v. 7. Apr. 1891, RGBl. S. 79, § 18, RG. v. 12. Mai 1894, RGBl. S. 441, § 11, U. d. RG. 20. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 96 S. 337), von Gewerbegerichten (vgl. RG. v. 29. Juli 1890, RGBl. S. 141, § 70), von Medizinalbehörden, Anstalten zur Untersuchung von Nahrungsmitteln, von Handelskammern ꝛc. einholen und verwerten [vgl. RG. 23. Mai 1889 SA. XLVI Nr. 62], aber auf solche Gutachten finden die Bestimmungen der CPrO. über den Beweis durch Sachverständige keine direkte Anwendung; daher brauchen solche Gutachten nicht beeidigt zu werden [vgl. RG. Entsch. VI S. 337 in Bezug auf Gutachten des Patentamts]. Über die Einholung der Gutachten von den Sachverständigenvereinen s. Instr. v. 12. Dez. 1870 (BGBl. S. 621) und die Änderungen v. 16. Juli 1879 (CBl. f. d. DR. 490)

Digitized by Google

und v. 25. Okt. 1882 (GVBl. f. d. DR. S. 417). Etwas anderes ist es, wenn das Gericht Kollegien oder Behörden angeht, ihm bestimmte Personen zur Ernennung von Sachverständigen vorzuschlagen; auf diese Sachverständigen finden die Bestimmungen der GPrO. Anwendung.

2. Zu Abs. 2: Die Vorschrift hat nur instruktionelle Bedeutung („sollen"). Sie beruht auf einem Beschlusse d. JK. d. RT. und bezweckt, einerseits das Gericht auf die staatlich bestellten Sachverständigen, die durch ihre Prüfung und Stellung eine gewisse Garantie für ein sachgemäßes Gutachten bieten, hinzuweisen, andererseits die nicht öffentlich bestellten Sachverständigen zu entlasten. Insbesondere Gerichtsärzte, Amtsärzte, Gerichts- und Amts-Tierärzte, öffentlich als Sachverständige bestellte Chemiker kommen in Betracht. In der JK. d. RT. wurde erklärt, unter den öffentlich bestellten Sachverständigen, die in der Regel heranzuziehen sind, seien nur die im Gerichtsbezirke wohnenden zu verstehen. Im Gesetze ist das nicht gesagt; aber zweckmäßiger Weise wird das Gericht so verfahren. — Die „besonderen Umstände" können in der Art des erforderlichen Gutachtens begründet sein; z. B. wenn das Gutachten eines Spezialisten wünschenswert ist. Überhaupt kann das Gericht, ohne Gründe anzugeben, die öffentlich bestellten Sachverständigen umgehen.

3. Zu Nr. 3: Die Aufforderung der Parteien steht in dem Ermessen des Gerichts. Sie ergeht in der mündlichen Verhandlung. Die Aufforderung bindet das Gericht in keiner Weise, die von den Parteien vorgeschlagenen Personen zu Sachverständigen zu ernennen. Die Aufforderung ergeht an die Parteien, nicht an eine Partei. Bezeichnen die Parteien niemanden, so kann das Gericht immer noch Sachverständige ernennen. Wenn es aber keine findet, ist die beweispflichtige Partei als beweisfällig zu behandeln.

4. Zu Abs. 4: Die Vorschrift beschränkt das Gericht nicht hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob eine Begutachtung durch Sachverständige nötig ist. Aber, wenn das Gericht diese für nötig hält und die Parteien über bestimmte Personen sich einigen, so cessiert zunächst die Befugnis des Gerichts die Sachverständigen zu wählen; es darf die Sachverständigen, auf die die Parteien sich einigten, nicht bei Seite schieben, auch zunächst nicht neben diesen andere Sachverständige ernennen; wohl aber kann es nach Vernehmung dieser Sachverständigen die Begutachtung durch andere anordnen (§ 377). Dagegen ist das Gericht nicht an die von den Parteien vereinbarte Zahl gebunden; es kann die von den Parteien vereinbarte Zahl von Sachverständigen als unnötig groß beanstanden und die Parteien auffordern, eine kleinere Zahl zu bestimmen. Einigen sich dann die Parteien nicht, so tritt wieder die freie Wahl durch das Gericht ein. — Die Einigung muß dem Prozeßgerichte vor der Ernennung oder vor der Ermächtigung des beauftragten oder ersuchten Richters zur Ernennung der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung angezeigt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 370.

§ 370.

Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beigelegten Befugnisse auszuüben.

KPr. S. 142, 552.

1. Die Beweisaufnahme durch Sachverständige kann einem Richterkommissare oder einem anderen Gerichte nur unter den Voraussetzungen des § 340 übertragen werden. Ausnahme: bei Zuziehung von Sachverständigen zum Augenscheine (§ 337 Abs. 2); in

Digitized by Google

diesem Falle kann wie die Augenscheinseinnahme so auch die Ernennung und Vernehmung der zuziehenden Sachverständigen nach freiem Ermessen übertragen werden.

2. Haben sich die Parteien über die Wahl von Sachverständigen geeinigt (§ 369 Abs. 4), so ist § 370 nicht anwendbar. Vor dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter kann eine Vereinbarung der Parteien mit der Wirkung, daß dieser die von den Parteien gewollten Sachverständigen ernennen müßte, nicht mehr stattfinden. [Vgl. Gaupp I S. 707, Wilm. Levy N. 4 zu § 369. AM. Struckm. Koch N. zu § 370, Obermeyer a. a. O. S. 107.]

3. Im Falle des § 330 gehen die Befugnisse des beauftragten oder ersuchten Richters an das von diesem ersuchte Gericht über.

§ 371.

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gerichte oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkte ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gerichte oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Beteiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 259. KPr. S. 142, 143, 552, 553. Vgl. StrPrO. § 74.

1 Zu Abs. 1: Die Gründe, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, s. §§ 41, 42. Die Ablehnung aus § 41 Nr. 5 ist beseitigt. Natürlich kann ein Sachverständiger in der zweiten Instanz nicht deswegen abgelehnt werden, weil er schon in der ersten als Sachverständiger vernommen wurde [OLG. Braunschweig SA. XLVIII Nr. 150]. — Auch in den Fällen des § 41 ist ein Ablehnungsgesuch nötig. Von Ablehnung ist erst die Rede, wenn ein Sachverständiger ernannt ist. Vor der Ernennung können die Parteien Einwände jeder Art gegen den in Aussicht genommenen Sachverständigen erheben. — Die Ablehnung von Sachverständigen, die auf Grund des § 369 Abs. 4 ernannt sind, ist zulässig, wenn der Ablehnungsgrund erst nach der Vereinbarung entstanden oder der Partei bekannt geworden ist. — Mangel der Sachkunde ist kein Ablehnungsgrund [Mot. S. 259; vgl. RG. 11. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1028].

2. Zu Abs. 2: Das Ablehnungsgesuch ist im Falle des § 369 bei dem Prozeßgerichte, auch wenn dieses die Vernehmung übertragen hat, im Falle des § 370 bei dem beauftr. oder ers. Richter anzubringen. Das Gesuch wird ausgeschlossen mit dem Beginne

Digitized by Google

der Vernehmung oder mit der Einreichung des schriftlichen Gutachtens, nicht schon mit der Beeidigung. Später ist ein Ablehnungsgesuch nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird (§ 266), daß der Ablehnungsgrund vor jenem Zeitpunkte der Partei nicht bekannt war. Die Partei kann hierüber zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden. Ein nach Abgabe des Gutachtens entstandener Ablehnungsgrund ist ohne Einfluß (KPr. S. 142). Das Ablehnungsgesuch unterliegt nicht dem Anwaltszwange (§ 74 Abs. 2).

3. Zu Abs. 3: Das Gericht kann den Sachverständigen über das Ablehnungsgesuch hören; aber der Ablehnungsgrund kann nicht durch den Antrag, den Sachverständigen darüber zu vernehmen, glaubhaft gemacht werden [RG. 18. Nov. 1886 SA. XLII Nr. 165]. Welche Bedeutung der Bejahung des Ablehnungsgrundes durch den Sachverständigen zukommt, hat das Gericht zu würdigen. § 48 ist auf Sachverständige nicht anwendbar.

4. Zu Abs. 4: Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119.

5. Zu Abs. 5: Sofortige Beschwerde s. § 540. Ist die Entscheidung von dem beauftragten oder ersuchten Richter erlassen, so findet § 539 Anwendung.

6. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 3.

§ 372.

Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

Mot. S. 259. KPr. S. 145—148, 553, 686—688. Vgl. StrPrO. § 75.

1. Die öffentlichrechtliche Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens (Sachverständigenzwang) geht nicht soweit, als die Pflicht zum Zeugnisse. Während diese mit den in §§ 348, 349 gesetzten Ausnahmen jede im Inlande sich aufhaltende Person trifft, ist die Pflicht zur Gutachtenerstattung auf die in Abs. 1 bezeichneten Personen beschränkt. Andere Personen können zwar zu Sachverständigen ernannt werden, sind aber nur im Falle des Abs. 2 zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet. Wer nicht zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet ist, braucht auch nicht auf die Ladung zu erscheinen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 374.

2. Die nach Abs. 1 zur Erstattung von Gutachten Verpflichteten sind a) die zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich, d. i. vom Staate oder einem staatlichen Verbande, bestellten Personen und Behörden, z. B. Gerichtsärzte, Gerichtstierärzte, Nahrungsmittelchemiker ꝛc. Nach den in Bem. Nr. 1 zu § 369 cit. Reichsgesetzen sind die dort erwähnten Sachverständigenvereine, das Patentamt, die Gewerbegerichte zur Abgabe von Gutachten über die aus den einzelnen Gesetzen zu entnehmenden Fragen verpflichtet. Ob die einzelnen Mitglieder dieser Vereine, des Patentamts oder eines Gewerbegerichts als solche der Ernennung zu Sachverständigen Folge leisten müssen, ist aus § 372 zu beurteilen; die Mitgliedschaft allein ergiebt es nicht. b) Personen, die die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich, d. i. nicht im geschlossenen Kreise, zum Erwerbe, wenn auch nur nebenbei, ausüben. Gewerbe ist nicht in dem beschränkten Sinne der GO. § 6 zu verstehen, sondern umfaßt jede Erwerbsthätigkeit, also auch Handel, Fabrikbetrieb und Landwirtschaft.

Digitized by Google

c) Personen, die zur Ausübung der betreffenden Wissenschaft ꝛc. öffentlich bestellt oder ermächtigt sind, z. B. approbierte Ärzte ohne praktische Thätigkeit ꝛc.

3. Zu Abs. 2: Es ist einerlei, ob die betreffenden Personen im allgemeinen zur Abgabe von Gutachten der erforderten Art oder im speziellen Falle zur Abgabe des Gutachtens sich bereit erklärten. — „Gericht" bezeichnet hier auch den beauftragten oder ersuchten Richter. — Darin, daß jemand ohne Protest die Instruktion zur Abgabe des Gutachtens entgegennimmt, kann eine Bereiterklärung gefunden werden (nordd. Pr. S. 1115).

§ 373.

Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens. Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen findet nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteile bereiten würde.

Mot. S. 260. KPr. S. 148, 553. Vgl. StrPrO. § 76.

1. Zu Abs. 1: Die Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis zu verweigern, s. §§ 348—350. Außerdem ist zur Verweigerung des Gutachtens befugt, wer nach § 372 dem Sachverständigenzwange nicht unterliegt. Es steht ferner ganz allgemein im Ermessen des Gerichts, auch wenn kein gesetzlicher Befreiungsgrund vorliegt, einen Sachverständigen auf Verlangen von der Verpflichtung zu entbinden, z. B. wenn der Sachverständige seine Qualifikation zur Erstattung des Gutachtens bestreitet. — Das Verfahren bei Verweigerung des Gutachtens richtet sich nach §§ 351—354. Das Prozeßgericht hat auch dann zu entscheiden, wenn der Sachverständige durch den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter ernannt ist (§ 352 Abs. 2). Doch kann dieser nach §§ 369 Abs. 1 a. E., 370 an Stelle des von ihm ernannten Sachverständigen einen anderen ernennen und dadurch die Weigerung erledigen. Auf die Entbindung nach Abs. 1 Satz 2 ist das Verfahren nach §§ 351—354 nicht anwendbar; darüber kann das Prozeßgericht, im Falle des § 370 der beauftr. oder ers. Richter, ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Gegen Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde statt (arg. § 530).

2. Zu Abs. 2: Zur Vernehmung eines öffentlichen Beamten (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 341) ist die Genehmigung der vorgesetzten Behörde einzuholen, wenn Amtsgeheimnisse in Frage sind. Außerdem wird zwar keine Genehmigung eingeholt, aber die vorgesetzte Behörde kann in allen Fällen die Vernehmung hindern, indem sie erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteile bereiten würde. Diese Erklärung braucht nicht begründet zu werden. Nach den Motiven kann die Einsprache nicht bloß erhoben werden, wenn dem Beamten wegen der Pflichten des Amtes die zur Erstattung des Gutachtens erforderliche Zeit mangelt, sondern auch, wenn andere Rücksichten die Heranziehung eines öffentlichen Beamten zur Erstattung von Gutachten als dienstlich unerwünscht erscheinen lassen. Vgl. preuß. Min.Verf. v. 10. März 1885 (JMBl. S. 103), bay. Bek. v. 7. Jan. 1882 (G. u. VBl. S. 37) Ziff. IV.

§ 374.

Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurteilt. Im Falle

Digitized by Google

wiederholten Ungehorsams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

Mot. S. 260. KPr. S. 148, 149, 553. Vgl. StrPrO. § 77.

1. Zu Abs. 1 und 2: Die Strafbestimmungen gegen ungehorsame Sachverständige weichen von den Vorschriften über das Verfahren gegen ungehorsame Zeugen (§§ 345, 355) in drei Punkten ab: eine nicht beizutreibende Geldstrafe wird nicht in Haft umgewandelt; bei wiederholtem Ungehorsam ist weder zwangsweise Vorführung noch Zwangshaft gestattet; die Strafe des wiederholten Ungehorsams geht bis 600 Mark. Wiederholter Ungehorsam ist auch Weigerung nach Nichterscheinen und umgekehrt. Mit der zweiten Strafe ist das Verfahren gegen den Sachverständigen zu Ende.

Mit den sich aus diesen Abweichungen ergebenden Modifikationen finden die in Bem. Nr. 1—4 zu § 345 entwickelten Regeln auf Sachverständige entsprechende Anwendung. Daß mit der zweiten Bestrafung wegen Nichterscheinens das Verfahren hier zu Ende ist, ist auch von den Schriftstellern anerkannt, die mehr als zweimalige Bestrafung des Zeugen zulassen. Der zum Sachverständigen ernannte kann wegen Nichterscheinens nur gestraft werden, wenn er zu den in § 372 bezeichneten Personen gehört [RG. 12. Juli 1888 Entsch. XXIII Nr. 76 S. 337 ff.]

Bestrafung wegen Weigerung setzt voraus, daß entweder kein Grund angegeben oder der angegebene Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist. Die Bemerkungen zu §§ 352—355 finden entsprechende Anwendung. Wegen Bestrafung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter s. § 365 nebst den Bemerkungen dazu.

2. Zu Abs. 3: Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 345 und Bem. Nr. 4 zu § 355. Die in diesen Bemerkungen entwickelten Regeln finden hierher entsprechende Anwendung.

§ 375.

Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

Mot. S. 260. KPr. S. 149, 150, 553. Vgl. StrPrO. § 79.

1. Der Sachverständige muß beeidigt werden, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten. Die in § 358 Nr. 1 genannten Personen können nicht wohl zu Sachverständigen ernannt werden, weil es ihnen an Urteilsfähigkeit gebricht; die in § 358 Nr. 2 genannten wegen ihrer Eidesunfähigkeit nur, wenn beide Parteien auf die Beeidigung verzichten. Die in § 358 Nr. 3, 4 genannten können zu Sachverständigen ernannt und müssen beeidigt werden [RG. 5. Febr. 1884 SA. XXXIX Nr. 256, 14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 394]. Die Beeidigung zu unterlassen, steht nicht im Ermessen des Gerichts. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 356, wo auch Litteratur und Rechtsprechung. Ist ein Sachverständiger, auf dessen Beeidigung nicht beide Parteien verzichtet haben, unbeeidigt vernommen, so ist § 375 verletzt. Diese Verletzung des Prozeßgesetzes begründet Berufung und Revision, kann jedoch nach § 267 geheilt werden; denn § 375 enthält wegen der Möglichkeit

Digitized by Google

des Verzichts auf die Beeidigung dispositives Prozeßrecht [RG. 5. Febr. 1884 SA. XXXIX Nr. 256, 11. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 95 S. 380]. Wegen Benutzung unbeeidigter Gutachten von Kollegien und Behörden s. Bem. Nr. 1 zu § 369. — Wegen Beeidigung im Verfahren vor den Gewerbegerichten s. Bem. Nr. 4 zu § 356.

2. Wegen des Verzichts auf die Beeidigung vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 356. Die dort entwickelten Regeln finden hierher entsprechende Anwendung.

Der Eid des Sachverständigen muß der Erstattung des Gutachtens vorangehen. Vor schriftlicher Begutachtung ist eine mündliche Instruktion des Sachverständigen nötig, dabei ist der Eid abzunehmen; in der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei liegt schon die Erstattung des Gutachtens. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 713, Petersen (2) S. 594, Obermeyer a. a. O. S. 154, 157. AM. Struckm. Koch N. 2, Planck II § 122 N. 34. Zweifelnd RG. 3. Okt. 1893 Sächs. Arch. IV S. 728.] Die Beeidigung erfolgt vor dem Prozeßgerichte, sie kann nur in den Fällen des § 340 einem beauftr. oder ers. Richter übertragen werden. Die in der JK. d. RT. von einem Kommissare geäußerte Ansicht, daß die Beeidigung nicht zur Beweisaufnahme gehöre, sonach auch in anderen Fällen durch einen beauftr. oder ers. Richter erfolgen könne (KPr. S. 150), ist unrichtig; denn die Beeidigung ist ein Bestandteil der Beweisaufnahme. [Vgl. Gaupp I S. 713 N. 7. AM. Struckm. Koch N. 2.] Die Verletzung der für das Verfahren bei der Beeidigung geltenden Regeln ist heilbar nach § 267 [RG. 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134].

3. Eine Abänderung der in § 375 festgesetzten Eidesnorm ist nicht gestattet; auch bei Schätzungen besteht kein Bedürfnis nach einer anderen Norm. — Wegen Abnahme des Eides s. §§ 440 ff. — Bei wiederholter Vernehmung ist § 363 Abs. 3 anwendbar.

4. Zu Abs. 2: Die Berufung auf den geleisteten Eid muß dem Gutachten vorangehen. Sie ist mündlich vor dem Prozeßgerichte oder vor dem beauftr. oder ers. Richter zu erklären. Die dem Gutachten beigefügte schriftliche Berufung auf den Eid ist inkorrekt; aber die Verletzung kann nach § 267 gehoben werden [RG. 1. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1134]. Das Gericht kann nicht statt der Berufung auf den Eid die Beeidigung anordnen. Vgl. die abweichende Fassung des § 363 Abs. 3 und Bem. Nr. 3 zu § 363.

5. Dolmetschereid s. GVG. § 191.

§ 376.

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.

Mot. S. 261. KPr. S. 149, 150, 553.

1. Auf die Vernehmung der Sachverständigen finden die §§ 359—363 Anwendung. Doch kann schriftliche Begutachtung angeordnet werden, während die schriftliche Abgabe des Zeugnisses unzulässig ist. Ob die mündliche oder die schriftliche Begutachtung angemessen ist, ist nach den Umständen zu entscheiden. (Die preuß. JMV. v. 10. Juli 1884, JMBl. S. 161, empfiehlt schriftliche Begutachtung bei Vernehmung von Sachverständigen, die in einem anderen Bundesstaate wohnen, wegen der Kosten und wegen GVG. § 165 Abs. 2.) Die Entscheidung steht zunächst dem Prozeßgerichte zu. Überträgt das Prozeßgericht die Vernehmung des Sachverständigen einem beauftr. oder ers. Richter, so kann es die eine oder die andere Form anordnen oder auch dem beauftr. oder ers. Richter die Entscheidung dar-

Digitized by Google

über überlassen. Nur das Prozeßgericht kann das Erscheinen des Sachverständigen zur Erläuterung des Gutachtens anordnen.

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei des Prozeß- oder des ersuchten Gerichts ohne Förmlichkeit und ohne Protokollaufnahme niederzulegen. Die Unterschrift muß nicht beglaubigt sein; das Gutachten braucht keine Bezugnahme auf den geleisteten Eid zu enthalten [RG. 24. Dez. 1883 Entsch. IX Nr. 110 S. 376]. Abgabe des schriftlichen Gutachtens zu Protokoll des Gerichtsschreibers ist nicht vorgesehen. Mit der Niederlegung ist das Gutachten „erstattet"; daher ist der Eid vorher abzunehmen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 375). Die Versäumung der zur Niederlegung bestimmten Frist zieht die Folgen der Weigerung (§ 374) nicht nach sich, weil daraus kein zwingender Schluß auf die Verweigerung gezogen werden kann. Das schriftliche Gutachten ist von einem Gerichtsmitgliede oder einer Partei in der mündlichen Verhandlung zu verlesen [RG. 16. Juni 1893 SA. XLIX Nr. 125].

2. Der Sachverständige erfährt durch die Ladung im allgemeinen, worüber er vernommen werden soll (§ 342 Nr. 2). Das Gericht sowie der beauftr. oder ers. Richter kann ihm zur Vorbereitung schon bei der Ladung die Akten offenlegen oder Auszüge mitteilen. Die eigentliche Fragestellung (Instruktion) aber erfolgt mündlich durch das Prozeßgericht oder den beauftr. oder ers. Richter nach der Beeidigung. Dabei können dem Sachverständigen Aktenstücke oder auch Objekte der Begutachtung, z. B. Warenproben, ausgehändigt werden. Den Parteien steht auf die Fragestellung eine dem § 362 entsprechende Einwirkung zu. Nach Umständen ist die Beantwortung der an den Sachverständigen gestellten Fragen nicht sofort möglich, weil Untersuchungen ꝛc. dazu erforderlich sind; dann ist ein Termin zur Fortsetzung der Beweisaufnahme zu bestimmen (§ 333), wenn nicht schriftliche Begutachtung angeordnet wird. Mündliche Instruktion ist auch vor der schriftlichen Begutachtung erforderlich. Sie kann dem beauftr. oder ers. Richter übertragen werden.

3. Bei dem mündlichen wie bei dem schriftlichen Gutachten wird das Gericht die Angabe von Gründen fordern, soweit Begründung möglich ist. Bei Schätzungen kann die Begründung nach Umständen nicht möglich sein (Mot. S. 261).

4. Bei mündlicher wie bei schriftlicher Vernehmung mehrerer Sachverständiger kann angeordnet werden, daß die Sachverständigen sich beraten und das Gutachten gemeinsam erstatten. Soweit § 359 die Einzelvernehmung gebietet, ist er auf Sachverständige nicht anwendbar. Die Zulässigkeit der gemeinsamen Begutachtung folgt aus der Stellung der Sachverständigen. Die Einzelvernehmung der Zeugen ist geboten, damit nicht eine Zeugenaussage durch die andere beeinflußt werde. Diese Rücksicht trifft nach Umständen bei den Sachverständigen nicht zu; vielmehr kann das gemeinsame Gutachten zur Aufklärung geeigneter sein, als mehrere einzelne Gutachten. Die Zulässigkeit der gemeinsamen Begutachtung wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt. Der hann. Entw. § 364, der preuß. Entw. § 506 und der nordd. Entw. § 554 erwähnen deren Zulässigkeit. Die Mot. zu Entw. I S. 337, Entw. II S. 330, Entw. III S. 259 enthalten die Bemerkung, daß das Ermessen des Gerichts entscheide, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich, ob es von mehreren Sachverständigen gemeinsam unter Hervorhebung etwaiger Meinungsverschiedenheiten oder getrennt zu erstatten sei. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 715, Petersen (2) S. 596, RG. 3. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 95 S. 343; vgl. a. Löwe StrPrO. § 83 N. 2a, RG. Entsch. i. StrS. II S. 153. AM. Hellmann Komm. II S. 258 f. u. Lehrb. 567, Obermeyer a. a. O. S. 155.]

Digitized by Google

§ 377.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

KPr. S. 150, 151, 553. Vgl. StrPrO. § 83.

1. Das Gutachten unterliegt der freien Würdigung des Gerichts (§ 259). Das Gericht ist nie an das Gutachten gebunden. Es kann unter auseinander gehenden Gutachten wählen, ohne ein Obergutachten einzuholen [RG. 28. Mai 1884 SA. XL Nr. 68]; in thesi ist es möglich, daß das Gericht sich über die übereinstimmenden Gutachten aller Sachverständigen hinwegsetzt. Im Zusammenhang mit dieser Unbeschränktheit in der Würdigung des Gutachtens steht die dem Prozeßgerichte durch § 377 eingeräumte Befugnis, eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anzuordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet. Diese Anordnung ist auch bei übereinstimmenden Gutachten möglich.

Die freie Beweiswürdigung gilt auch, wenn sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige einigten (§ 369 Abs. 4). Auch nach deren Vernehmung kann das Gericht die Begutachtung durch andere Sachverständige anordnen; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 369.

2. Eine neue Begutachtung (Abs. 1) oder die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen (Abs. 2) kann nur nach mündlicher Verhandlung beschlossen werden.

§ 378.

Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumnis, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

Mot. S. 261. KPr. S. 151, 553. Vgl. StrPrO. § 84.

Maßgebend ist die GO. f. Z. u. S. v. 30. Juni 1878 (RGBl. S. 173) mit dem Ergänzungsgesetze v. 11. Juni 1890 (RGBl. S. 73). Wegen Berechnung der Gebühren und wegen Gewährung eines Reisevorschusses vgl. a. GVG. § 166. — Das in der Bemerkung zu § 366 Gesagte findet hierher entsprechende Anwendung.

§ 379.

Insoweit zum Beweise vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

Mot. S. 261. KPr. S. 151, 152, 553. Vgl. StrPrO. § 85.

1. Durch § 379 soll außer Zweifel gestellt werden, daß die sog. sachverständigen Zeugen, d. h. die Zeugen, die vergangene Thatsachen oder Zustände bekunden sollen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt, wahre Zeugen sind, daß mithin auf die zum Beweise solcher Thatsachen und Zustände stattfindende Vernehmung jener Personen die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden. Das Gesetz stimmt in diesem Punkte mit dem bisherigen gem. Prozeßrechte überein [vgl. Wetzell Syst. § 44 N. 14, Renaud Lehrb. § 110 N. 7, § 113 N. 2, Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 246]. Sachverstän-

Digitized by Google

dige Zeugen sind z. B. der Arzt, der über früher beobachtete Krankheitserscheinungen, der Warenkundige, der über die Eigenschaften einer nicht mehr zu besichtigenden Ware, der Architekt, der über den Zustand eines eingestürzten Hauses vor dem Zusammensturze aussagen soll.

Daraus, daß für die sog. sachverständigen Zeugen die Regeln des Zeugenbeweises gelten, folgt insbesondere, daß diese Zeugen von den Parteien unter Bezeichnung der Thatsachen [RG. 10. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1135] zu benennen, nicht vom Gerichte zu ernennen sind; daß das Gericht deren Vernehmung nicht aus dem Grunde ablehnen darf, weil es ihnen nicht die erforderliche Sachkunde zutraut [RG. 11. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1027]; daß sie den in § 357 normierten Eid zu leisten, nur Anspruch auf Zeugengebühren haben ꝛc.

2. Eine Person kann in demselben Prozesse Zeuge und Sachverständiger sein. Eine zunächst als Zeuge oder sachverständiger Zeuge vernommene Person kann zum Gutachter ernannt werden; z. B. der Arzt, der als Zeuge über von ihm beobachtete Krankheitserscheinungen berichtet hat, wird zum Gutachten darüber aufgefordert, ob diese Krankheitserscheinungen als Folge einer gewissen Verletzung zu erachten sind, oder der Architekt, der über den Zustand eines eingestürzten Baues als Zeuge berichtet hat, wird zum Gutachter über die Frage ernannt, ob die Bauführung den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst entsprach. Bei dieser Kombination sind die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen und über den Beweis durch Sachverständige anzuwenden, je nachdem die eine oder die andere der Qualitäten in Frage steht (KPr. S. 152). Die betreffenden Personen haben den Zeugen- und den Sachverständigeneid zu leisten. Hat jemand, der als Zeuge und Sachverständiger vernommen ist, nur den Zeugeneid geleistet, so ist § 375 verletzt. Die Verletzung begründet die Revision [RG. 16. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 1 S. 3, 10. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1136; Entsch. i. StrS. I S. 400, VIII S. 359], ist aber nach § 267 heilbar (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 375). Die Bemerkung des Sachverständigen, daß und wie er Kenntnis von den Ergebnissen einer Zeugenvernehmung erlangt habe, bildet einen Bestandteil des Gutachtens und wird von dem Sachverständigeneide gedeckt [RG. 20. Nov. 1890 SA. XLVI Nr. 63]. — Wer als Zeuge und Sachverständiger vernommen ist, hat Anspruch auf die höheren Sachverständigengebühren.

Neunter Titel.
Beweis durch Urkunden.

1. Urkunde ist ein mit dem Gesichtssinne wahrnehmbares, zum Ausdrucke eines Gedankens dienendes Zeichen „vox mortua“. [Ähnlich die Definitionen bei Bayer § 250, Wetzell § 24 bei N. 2, Renaud § 114, Planck II S. 215, Gaupp I S. 718; vgl. a. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 224 ff., Wendt eod. LXIII S. 310, v. Kries Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 148 ff., Schultze Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XXII S. 70 ff.] Auch die Sache, die Trägerin solcher Zeichen ist, wird Urkunde genannt. Für den Urkundenbegriff ist es gleichgültig, ob das Zeichen zum Zwecke des Beweises gefertigt ist oder nicht.

Schriftzeichen sind die gebräuchlichsten Zeichen zum Ausdrucke von Gedanken; daher sind schriftliche, d. h. aus Schriftzeichen auf irgend welchem Material (Papier, Tuch, Leder, Stein, Erz ꝛc.) bestehende Urkunden die wichtigsten Urkunden. Nur über Beweis durch schriftliche Urkunden enthält die CPrO. besondere Normen. Für den Beweis durch nichtschriftliche Urkunden, z. B. Grenzsteine, Aichpfähle, Zeichnungen, Einschnitte in Kerbhölzer ꝛc., wurden die Vorschriften über Augenschein und die freie Beweiswürdigung mit Recht als

Digitized by Google

genügend erachtet. Auch die Pflicht, nichtschriftliche Urkunden vorzulegen, bemißt sich nur nach dem materiellen Rechte.

2. Voraussetzung für jede Beweiskraft einer Urkunde ist die Echtheit der Urkunde (veritas oder bonitas instrumenti). Über diesen Begriff vgl. Bem. Nr. 1 zu § 402. Die echte, unverfälschte Urkunde beweist zunächst nichts anderes, als daß derjenige, von dem die Urkunde herrührt — der Aussteller — die in der Urkunde enthaltene Erklärung (im weitesten Sinne des Wortes) abgegeben, d. h. als seine Erklärung gewollt hat. Das ist die formelle Beweiskraft der Urkunde. Eine andere Frage ist, ob der in der Urkunde enthaltenen Erklärung eine rechtliche Bedeutung und welche Bedeutung ihr zukommt. Die rechtliche Bedeutung der in der Urkunde abgegebenen Erklärung ist die materielle Beweiskraft. [Vgl. über diese Unterscheidung Schultze in der Kr. VJSchr. XVIII S. 229 ff. In anderem Sinne werden diese Ausdrücke von Planck II S. 219 gebraucht.] Die in einer formell beweiskräftigen Urkunde enthaltene Erklärung kann jeder materiellen Beweiskraft bar sein.

Über die formelle Beweiskraft giebt die CPrO. in §§ 380, 381, 382 Regeln, wodurch die Freiheit des richterlichen Ermessens bei der Beweiswürdigung beschränkt wird.

Dagegen hat die CPrO. von prinzipiellen Bestimmungen über die materielle Beweiskraft der Urkunden Umgang genommen. Nur in §§ 380, 383 stecken Regeln über die materielle Beweiskraft, insofern das Gesetz den Richter bindet, die Thatsachen, die durch das in der öffentlichen Urkunde enthaltene Zeugnis bezeugt werden, als wahr anzunehmen.

Für die materielle Beweiskraft der Urkunde ist von Bedeutung, ob die Erklärung ein Rechtsakt (Dispositionsakt, rechtsgeschäftliche Erklärung, z. B. Vertragsschluß, Vertragsofferte, Acceptation, Testament ꝛc.) oder ein außergerichtliches Geständnis ist oder nur als Indizium in Betracht kommt.

a) In Bezug auf Urkunden, die einen Rechtsakt enthalten, bemerken die Motive:

„Die Urkunde ist Trägerin einer rechtlichen Disposition. Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, kann das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geleugnet werden, vielmehr hat die dispositive Urkunde in betreff des Rechtsgeschäfts nicht bloß gegen den Aussteller und diejenigen, welche dessen Erklärungen anerkennen müssen (preuß. AGO. I 10 § 158c, Code c. art. 1322), sondern gegen jedermann beweisende Kraft. Das Gesetz hat Anstand genommen, diesem rationellen und von der neueren gemeinrechtlichen Doktrin mit großer Schärfe entwickelten Satze durch eine besondere Vorschrift im Gesetze Ausdruck zu geben. Es ist angenommen worden, daß der Satz auch ohne gesetzliche Feststellung zur Anwendung gelangen wird. Die Formulierung des Grundsatzes im Gesetze würde bedenklich sein, wenn in dem Gesetzbuche nicht gleichzeitig die Frage nach der Anfechtung der rechtlichen Disposition selbst und nach der Wirkung der letzteren auf die Rechte Dritter geregelt wird. Schweigt das Gesetz über diesen Gegenstand, so ist zu besorgen, daß die Bedeutung und die Tragweite des fraglichen Satzes den größten Mißverständnissen ausgesetzt sein würden. Auf jene Frage selbst konnte aber das Gesetz nicht eingehen, da sie in den Bereich des bürgerlichen Rechts fällt, sich mithin zur Zeit einer gemeinsamen Regelung entzieht."

Der angeführte Satz gilt sicherlich auch ohne gesetzliche Formulierung, weil er sich aus logischem Denken ergiebt. Was zur Gültigkeit des Rechtsakts gehört, also auch, ob und welche Formalitäten notwendig sind, ist nach dem materiellen Rechte zu beurteilen.

b) Über Urkunden, die Geständnisse enthalten, sagen die Motive:

„Nach wiederholten und eingehenden Diskussionen gelangte die hannoversche Kommission (§§ 371 Abs. 1, 372) zu dem Beschlusse, daß Urkunden, welche ein Geständnis enthalten und von dem Beweisführer oder einem Rechtsvorgänger desselben ausgestellt

Digitized by Google

worden sind, gegen den Aussteller und diejenigen Personen, welche dessen Handlungen anzuerkennen verbunden sind, vollen Beweis liefern sollten (hann. Prot. VII 2401 ff., XV 5721 ff., XVI 6362 ff., 6615). In der nordd. Kommission erneuerten sich die Beratungen und führten dahin, daß nicht nur die Vorschrift des hann. Entw. durch den § 563 adoptiert, sondern auch dem schriftlich fixierten außergerichtlichen Geständnisse einer Thatsache, indem der § 564 dasselbe rücksichtlich des Widerrufs dem gerichtlichen Geständnisse gleichstellte, ein dispositiver Charakter, eine obligierende Wirkung beigelegt wurde. Die Aufnahme dieser Bestimmungen erschien nicht angemessen. Die CPrO. hat keine Veranlassung, eine allgemeine Theorie über die materielle Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse aufzustellen. Sie mußte sich daher auch besonderer Vorschriften über die schriftlich fixierten außergerichtlichen Geständnisse enthalten, da es an einem ausreichenden inneren Grunde fehlt, Geständnisse verschieden zu behandeln, je nachdem sie durch Urkunden oder durch Zeugen bewiesen werden. Sodann greifen die Bestimmungen des § 564 in die schwierige und kontroverse Lehre von der Anerkennung und dem Anerkennungsvertrage ein (vgl. auch Wach Kr. VJSchr. XIV S. 369). So wünschenswert es auch sein mag, diese Materie einheitlich zu regeln (vgl. Verhandl. des 8. deutschen Juristentages I S. 283 ff., II S. 94 ff., 321 und des 9. deutschen Juristentages II S. 426 ff., III S. 64 ff., 343, 344), so kann es doch jedenfalls nicht die Aufgabe der CPrO. sein, eine solche Regelung vorzunehmen ... Übrigens konnte das Gesetz die Vorschrift des § 563 des nordd. Entw. um so unbedenklicher fallen lassen, als darauf zu rechnen ist, daß die in jener Vorschrift liegende rationelle Beweisregel in der Theorie und Praxis auch ohne gesetzliche Fixierung Anerkennung finden werde."

Hiernach ist die Würdigung der materiellen Beweiskraft eines urkundlichen Geständnisses dem richterlichen Ermessen anheimgegeben [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 169]. Natürlich wird regelmäßig das Gericht aus dem Geständnisse einen sehr gewichtigen Beweisgrund für die Richtigkeit der zugestandenen Thatsache entnehmen. Die Gegenbeweisführung gegenüber einem außergerichtlichen Geständnisse kann nicht beschränkt werden. [Vgl. jedoch Planck I S. 338 f. und dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 202 f.]

c) Die Beweiskraft einer urkundlichen Erklärung, die weder Dispositionsakt noch Geständnis ist, sondern nur als Grundlage zu irgend einer für das thema probandum bedeutsamen Schlußfolgerung (Indizium) in Betracht kommt, steht im freien Ermessen des Gerichts.

§ 380.

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist in § 380 und zwar auch für Urkunden des in §§ 382, 383 bezeichneten Inhalts bestimmt. Danach ist öffentliche Urkunde die Urkunde, die a) von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person, b) innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse der Behörde oder innerhalb des Geschäftskreises, der der mit öffentlichem Glauben versehenen Person zugewiesen ist, c) in der vorgeschriebenen Form errichtet ist.

Ad a) Was eine öffentliche Behörde ist, ist nach dem Reichs- und Landesrechte zu beurteilen. Ein Verzeichnis der öffentlichen Behörden des Reichs ist in dem Handbuche

Digitized by Google

des Deutschen Reichs enthalten. Bezüglich der öffentlichen Behörden der Bundesstaaten muß auf die Landesrechte verwiesen werden. Der Begriff „öffentliche Behörde" ist nicht auf Staatsbehörden im engeren Sinne beschränkt; auch die Organe der Gemeinde- und Kirchenverwaltung können öffentliche Behörden im Sinne des Gesetzes sein. Eine „Behörde" kann auch aus einer einzelnen Person bestehen. Die Führung eines Dienst- oder Amtssiegels ist weder wesentlich, noch ein absolutes Kennzeichen für die Eigenschaft als öffentliche Behörde. Nicht wesentlich für die Behördenqualität ist die Leistung eines Diensteides.

Welche Personen, ohne „Behörden" zu sein, als mit öffentlichem Glauben versehene Personen (Urkundspersonen) zu erachten sind, bemißt sich ebenfalls nach den Reichs- und Landesgesetzen. Nach dem gegenwärtigen Stande der Reichsgesetzgebung kommt die Eigenschaft einer Urkundsperson nach Reichsrecht den Reichskonsuln (BG. v. 8. Nov. 1867 §§ 16, 17), die übrigens auch die Behördenqualität haben, den Briefträgern, Postboten (RPostgesetz v. 28. Okt. 1871 § 47) und den Gerichtsvollziehern bezüglich der nach den Reichsgesetzen ihnen zugewiesenen Beurkundungen zu. Nach Landesrecht sind Urkundspersonen mit publica fides insbesondere die Notare [s. Wetzell Syst. § 24 N. 60]. Für Preußen: Ges., enthaltend Bestimmungen über das Notariat, v. 8. März 1880 (GS. S. 177 ff.), das zu der preuß. Not.Ordn. v. 11. Juli 1845, der rhein. Not.Ordn. v. 25. April 1822 und der hann. Not.Ordn. v. 18. Sept. 1853 ergänzend und abändernd hinzutritt. Für Bayern: Not.Ges. v. 10. Nov. 1861. Für Württemberg: Not.Ordn. v. 1808, Not.Ges. v. 14. Juni 1843. — Die Handelsmäkler und Sensale des HGB. Art. 66 sind keine mit öffentlichem Glauben versehene Personen im Sinne der CPrO. — Landesgesetzliche Vorschriften, die gewisse, nicht von öffentlichen Behörden oder Urkundspersonen aufgenommene Urkunden, z. B. Urkunden aus öffentlichen Archiven oder Urkunden siegelmäßiger Personen, den öffentlichen Urkunden gleichstellen, sind für den Civilprozeß beseitigt.

Ad b) Die Zuständigkeit der Behörde oder Urkundsperson muß in sachlicher wie in örtlicher Beziehung gegeben sein. Über die Zuständigkeit entscheiden die betreffenden Reichs- und Landesgesetze.

Ad c) Die Vorschriften über die Form der Errichtung sind aus dem Reichs- und Landesrechte zu entnehmen. Reichsgesetzliche Vorschriften sind z. B. enthalten in WO. Art. 88 N. 6; BG. v. 8. Nov. 1867 betr. die Organisation der Bundeskonsulate ꝛc. § 17; BG. v. 4. Mai 1870 betr. die Eheschließung im Auslande; RG. v. 5. Febr. 1875 betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc. § 52; RMil.Ges. v. 2. Mai 1874 § 44 N. 2c; CPrO. § 145 für Protokolle, §§ 174—179 für Zustellungsurkunden, § 663 für vollstreckbare Ausfertigungen, § 682 für Protokolle des Gerichtsvollziehers über Vollstreckungshandlungen. Von den Landesgesetzen kommen insbesondere die Notariatsordnungen (s. o. ad a) in Betracht. Wohl zu unterscheiden von der notwendigen Form ist der Inhalt der öffentlichen Urkunde. Eine Urkunde, die den Formvorschriften genügt, ist eine öffentliche, auch wenn sie den Vorschriften über den Inhalt nicht genügt. Daher ist z. B. die von einem Notare in vorschriftsmäßiger Form aufgenommene, sich als Testament bezeichnende Urkunde eine öffentliche Urkunde, auch wenn der Inhalt den materiellrechtlichen Vorschriften über die Erfordernisse des Testaments nicht genügt; oder die über eine Zustellung aufgenommene Gerichtsvollzieherurkunde ist, wenn formell ordnungsmäßig, eine öffentliche Urkunde, auch wenn ihr Inhalt den Erfordernissen des § 174 nicht entspricht.

Auch die Urkunde, die von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet ist, ist eine öffentliche Urkunde im Sinne der CPrO. Nur bezüglich der Echtheitsvermutung unterscheiden sich inländische

Digitized by Google

und ausländische öffentliche Urkunden (s. §§ 402, 403). Steht die Echtheit der ausländischen öffentlichen Urkunde fest, so kommt ihr die gleiche Beweiskraft wie der inländischen zu.

2. Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden ist in den §§ 380, 382, 383 geregelt. § 380 stellt Beweisregeln für diejenigen öffentlichen Urkunden auf, die ein öffentliches Zeugnis über eine von der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung enthalten. Das öffentliche Zeugnis liefert vollen Beweis, daß diese Erklärung von der bezeichneten Person, an dem in der Urkunde bezeichneten Orte, zu der bezeichneten Zeit abgegeben ist (KPr. S. 154, 155). Insofern enthält § 380 eine materielle Beweisregel, nämlich über die Wahrheit des in der Urkunde enthaltenen öffentlichen Zeugnisses. Es ist [wie schon Schultze in der Kr. VJSchr. XVIII S. 237 N. hervorhob] ungenau, wenn die Motive S. 262 in § 380 nur eine formelle Beweisregel finden. Dagegen enthält § 380 keine Vorschrift darüber, was die bezeugte Erklärung ihrerseits beweist und insofern, nämlich rücksichtlich der bezeugten Erklärung, beschränkt sich § 380 auf die formelle Beweiskraft. Es ist möglich, daß die Erklärung, deren Existenz durch das öffentliche Zeugnis dargethan wird, jedes Beweiswertes bar ist. Die Erklärung selbst kann als Rechtsakt, als Geständnis oder als Indizium in Betracht kommen (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 ff. vor § 380).

Wenn die öffentliche Urkunde außer der Abgabe der Erklärung von der bezeichneten Person, am bezeichneten Orte und zur bezeichneten Zeit noch andere Thatsachen bezeugt, z. B. daß in Gegenwart der Behörde oder Urkundsperson eine Zahlung geleistet oder daß gewisse Förmlichkeiten beobachtet wurden, so fällt die Bezeugung dieser Thatsachen nicht unter § 380, sondern unter § 383.

3. Gegenbeweis gegen die öffentlichen Urkunden des § 380. Der Abs. 2 des § 380 läßt den Beweis zu, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei. Der Entwurf lautete: „vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge. Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zulässig". In der JK. d. RT. wurde diese Fassung beanstandet, weil sie nicht klar erkennen lasse, was unter den „beurkundeten Vorgängen" gemeint sei. Die Kommission einigte sich nach längerer Debatte über das Prinzip: „es solle gegen die durch die öffentliche Urkunde bezeugten Thatsachen, daß die betreffende Erklärung abgegeben, daß sie von der bestimmten Person, am bestimmten Orte, zur bestimmten Zeit abgegeben sei, Gegenbeweis zugelassen werden", und beauftragte die Red.Komm., diesen Gedanken zu formulieren. Die Red.Komm. schlug die gegenwärtige Fassung vor als dem vorstehenden Beschlusse entsprechend. Hiernach ist der Beweis zulässig, daß die beurkundete Erklärung überhaupt nicht, daß die Erklärung nicht so, wie beurkundet, daß sie von einer anderen als der in der Urkunde bezeichneten Person, daß sie an einem anderen Orte, daß sie nicht zu der in der Urkunde bezeichneten Zeit abgegeben sei. Die unrichtige Beurkundung muß entweder auf die Absicht falscher Beurkundung oder auf einen Irrtum (wozu auch Schreibversehen gehören) bei dem instrumentierenden Beamten oder der Urkundsperson zurückführen; anders ist die Divergenz zwischen Zeugnis und Thatsache nicht denkbar. Folglich muß in dem Nachweise einer unrichtigen Beurkundung der Nachweis von Fälschung oder Irrtum gelegen sein. Fälschung oder Irrtum ist kein neben der Unrichtigkeit der Beurkundung besonders zu erweisendes, sondern ein zum Beweise der Unrichtigkeit gehörendes Moment. Es ist möglich, daß der Beweis der Unrichtigkeit erbracht wird, ohne daß aufgeklärt ist, ob Fälschung oder Irrtum untergelaufen ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 7, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 723.] — Der Beweis der unrichtigen Beurkundung kann durch alle Arten von Beweismitteln geführt werden. Direkter Beweis durch Eideszuschiebung ist jedoch durch § 411 ausgeschlossen [RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 375]. —

Digitized by Google

Aufgehoben sind alle den Gegenbeweis beschränkenden Landesgesetze, insbesondere Code civ. art. 1341. Daß die Zulässigkeit des Gegenbeweises nicht durch Landesgesetz ausgeschlossen werden kann, ist der Punkt, worin sich die öffentlichen Urkunden des § 380 von denen des § 383 unterscheiden.

Beschränkungen des Gegenbeweises enthalten die §§ 150, 285. Das Sitzungsprotokoll und der Thatbestand des Urteils fallen unter § 380 Abs. 1, während § 380 Abs. 2 durch die besonderen Vorschriften in §§ 150, 285 ersetzt ist.

Zu unterscheiden von dem Beweise der Unrichtigkeit des öffentlichen Zeugnisses ist der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Inhalts der Erklärung. Der Gegenbeweis gegen den Inhalt von Erklärungen ist prozessualisch unbeschränkt. Unter welchen Voraussetzungen eine rechtsgeschäftliche Erklärung wegen Irrtums des Erklärenden, wegen Betrugs, wegen Zwangs, wegen Simulation ꝛc. angefochten werden kann, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen.

§ 381.

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Litteratur: Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 434 f., Erythropel Mag. f. DR. I S. 106 ff., Schultze Ztschr. f. Pr. u. d. R. XXII S. 148 ff.

2. Jede Urkunde, bei der nicht alle zum Wesen der öffentlichen Urkunde gehörigen Voraussetzungen vorhanden sind, ist eine Privaturkunde. Es sind also auch Urkunden, die öffentliche zu sein prätendieren, aber es wegen irgend eines Mangels nicht sind, als Privaturkunden zu behandeln.

3. Der § 381 betrifft nicht alle, sondern nur die von dem Aussteller unterschriebenen oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten Privaturkunden.

a) Unterschrift ist der unter den Text geschriebene Name. Der Familienname ohne Vornamen ist Unterschrift [Wetzell Syst. § 24 S. 237, SA. I 373, III 394]. Der Vorname ohne Familiennamen kann nach Umständen zur Unterschrift genügen, z. B. wenn der Betreffende als Landesherr, Standesherr, Bischof regelmäßig nur den Vornamen zu zeichnen pflegt oder in Briefen an Verwandte; nach Umständen kann aber der Vorname nur Anfang der unvollendeten Unterzeichnung sein und dann ist er noch keine Unterschrift [vgl. SA. IV Nr. 172]. Firmazeichnung ist Unterschrift (HGB. Art. 15). Abkürzungen und Unleserlichkeit beeinträchtigen den Begriff der Unterschrift nicht. Die Unterschrift kann in allen Arten von Schriftzeichen, auch stenographisch, geschrieben sein. Durch Druck, Lithographie, Siegelabdruck, Stempel ꝛc. hergestellte Namen sind keine Unterschriften und stehen auch den Unterschriften nicht gleich, weil die Person des Vollziehenden nicht erkennbar ist. Etwas ganz anderes ist, daß die durch Druck hergestellte Namensfertigung dem Gebote schriftlicher Errichtung des Rechtsgeschäftes genügt. [Darüber vgl. Dernburg pr. PrR. I § 97 N. 7, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 40 N. 19.] Nur der am Ende der Urkunde stehende Name ist Unterschrift. Daß der Aussteller die Urkunde und im Texte seinen Namen geschrieben hat, ersetzt die Unterschrift nicht [vgl. ROHG. Entsch. II S. 441].

b) Das Handzeichen, gewöhnlich aus Kreuzen bestehend, aber auch in anderer Form denkbar, muß gerichtlich oder notariell beglaubigt, d. h. es muß amtlich durch eine Gerichtsperson oder durch einen Notar bezeugt sein, daß das Handzeichen von dem Aus-

Digitized by Google

steller herrührt. Die Beglaubigung durch eine andere Behörde genügt sowenig, als das Zeugnis von Privatpersonen. Die Form der Beglaubigung richtet sich nach den Landesgesetzen. Diese können die Aufnahme eines Protokolls oder die Zuziehung von Zeugen vorschreiben.

4. Nur für die Privaturkunden, die den bezeichneten Anforderungen entsprechen, giebt § 381 die formelle Beweisregel: die Urkunde liefert vollen Beweis dafür, daß die darin enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben ist, d. h. daß der Aussteller das, was in der Urkunde gesagt ist, habe erklären wollen [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 434 f.]. Diese Beweisregel gilt auch für Urkunden die in einer Sprache abgefaßt sind, deren der Unterschreibende unkundig ist [RG. 24. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 905, OLG. Marienwerder XLIX Nr. 286]. — Landesgesetze, die für die formelle Beweiskraft einer Privaturkunde noch andere Voraussetzungen als die Unterschrift oder das beglaubigte Handzeichen fordern (so insbesondere die Bestimmungen des Code civ. art. 1325—1327), sind beseitigt. Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte sind dagegen nicht berührt.

Die Beweisregel erstreckt sich nicht auf die in der Privaturkunde enthaltenen Angaben über Ort und Zeit der Ausstellung. Der Beweiswert dieser Angaben unterliegt der freien Würdigung. [Vgl. RG. 23. Febr. 1886 Entsch. XV Nr. 75 S. 310, 5. Juli 1886 XVI Nr. 107 S. 438, 4. Febr. 1892 SA. XLVIII Nr. 85]. In der Regel wird der Richter ihnen Beweiskraft gegenüber dem Aussteller, seinen Universalsuccessoren und gegenüber den Singularsuccessoren, die ein von dem Auktor abgeleitetes Recht geltend machen, beimessen; anderen Personen gegenüber haben diese Angaben nicht ohne weiteres Anspruch auf Glaubwürdigkeit, da erfahrungsgemäß Falsch- insbesondere Vordatierungen von Urkunden zu dem Zwecke, um Rechte Dritter zu beeinträchtigen, häufig vorkommen. Die Richtigkeit des Datums kann durch alle Beweismittel erwiesen und widerlegt werden [Planck Kr. VJSchr. IV S. 268, hann. Prot. VII S. 22, 41—46, nordd. Prot. II S. 934].

Die Würdigung der formellen Beweiskraft aller Privaturkunden, die den Erfordernissen des § 381 nicht entsprechen, steht im richterlichen Ermessen. Die CPrO. spricht keineswegs den nicht mit Unterschrift oder beglaubigtem Handzeichen versehenen Urkunden die beweisende Kraft ab. Es gilt für sie keine gesetzliche Beweisregel, aber der Richter kann aus der nicht mit einer Unterschrift im obigen Sinne versehenen Urkunde oder aus der mit einem nicht oder nicht vorschriftsmäßig beglaubigten Handzeichen versehenen Urkunde vollen Beweis dafür entnehmen, daß die Erklärung von dem Aussteller abgegeben ist.

5. Gegenbeweis gegen die durch die formelle Beweisregel des § 381 erwiesene Thatsache, daß die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind, ist — die Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde vorausgesetzt — nicht denkbar; denn die Thatsache, daß die Erklärung vorhanden ist, ist nicht zu bestreiten. [Vgl. Struckm. Koch. N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 726, RG. 24. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 904 f. AM. Schultze a. a. O. S. 161.] Die Behauptung, daß die Urkunde durch Mißbrauch eines Blanketts entstanden sei, richtet sich nicht gegen die Beweisregel des § 381, sondern gegen deren Voraussetzung, d. i. die Echtheit der Urkunde, und gegen die in § 405 aufgestellte Vermutung. [Vgl. RG. 15. Mai 1889 Entsch. XXIII Nr. 18 S. 111]. Natürlich kann ein Blankettmißbrauch durch alle Beweismittel erwiesen werden.

Etwas anderes ist der Beweis, daß die Erklärung wegen Irrtums, Betrugs, Zwangs, Simulation ꝛc. ungültig sei. Inwieweit die Anfechtung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung wegen Irrtums ꝛc. ꝛc. zulässig ist, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Dieser Beweis ist natürlich zulässig [vgl. RG. 11. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 106 S. 386].

Digitized by Google

6. Aufgehoben sind alle landesgesetzlichen Bestimmungen, die anderen als den in § 381 bezeichneten Privaturkunden eine formelle Beweiskraft beilegten. Aufgehoben sind durch EG. § 13 Nr. 2 die Beweisregeln des HGB. Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889 über bindende Beweiskraft der Handlungsbücher, des Tagebuchs und der Noten der Handelsmäkler, des Schiffsjournals, der Verklarungsverhandlungen und der Nachweise bei Seeversicherungen. Aufgehoben sind durch EG. § 17 die Vorschriften, die die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung an den Ablauf einer Zeitfrist gebunden haben.

7. Keine Vorschriften enthält die CPrO. über die materielle Beweiskraft der in der Privaturkunde abgegebenen Erklärung. Diese Erklärung kann je nach ihrem Inhalte rechtsgeschäftliche Erklärung (Rechtsakt), Geständnis, Indizium sein. Es gelten die in Bem. Nr. 2 litt. a—c vor § 380 entwickelten Sätze. — Aus dem materiellen Rechte ist zu beurteilen, ob die Erklärung, die eine rechtsgeschäftliche Erklärung sein soll, den für das betreffende Rechtsgeschäft geltenden Rechtsnormen entspricht, insbesondere auch, ob zur Perfektion des betr. Rechtsaktes die Begebung der Urkunde gehört (KPr. S. 185 f.) Daß die Urkunde begeben wurde, wird durch die Urkunde selbst nicht bewiesen. Die Fassung des Gesetzes „daß — abgegeben sind" darf hieran nicht irre machen. [Vgl. Schultze a. a. O. S. 128 ff., 163.] — Ebensowenig berührt die CPrO. die Frage, ob dem schriftlichen Geständnisse einer Schuld ohne Angabe des Schuldgrundes, der sog. cautio indiscreta, eine rechtliche Wirkung zukomme; auch diese Frage ist lediglich aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen (Mot. S. 263). — Unter welchen Voraussetzungen jemand berechtigt ist, für eine andere Person stellvertretungsweise Erklärungen abzugeben und insbesondere Urkunden auszustellen, bemißt sich ebenfalls nach dem bürgerlichen Rechte. Die echte Urkunde, die A für B mit dessen Namen oder Firma unterschrieben hat, beweist nicht mehr, als daß der A die betreffende Erklärung abgegeben hat. Ob seine Erklärung für den B Rechtswirkungen nach sich zieht, ist eine andere Frage.

§ 382.

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Die Beweisregel des § 382 gilt für öffentliche Urkunden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 380), worin eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthalten ist. Da die Ausstellung der Urkunde die Form ist, in der die Behörde ihre Anordnung ꝛc. erklärt, so beweist die Urkunde, ihre Echtheit vorausgesetzt, daß die Behörde die Anordnung ꝛc. erlassen hat. Die Urkunde ist Träger der darin enthaltenen Anordnung ꝛc., nicht Zeugnis über einen anderweitigen Vorgang. Soweit die Urkunde Angaben über Ort und Zeit ihrer Ausstellung enthält, ist sie nicht Dispositiv- sondern Zeugnisurkunde (§ 383).

2. Dagegen, daß die in der Urkunde enthaltene amtliche Anordnung ꝛc. existiere, ist kein Gegenbeweis denkbar; denn wenn die Urkunde echt ist, so besteht die Anordnung. Es kann bewiesen werden, daß die Urkunde zum Scherze angefertigt wurde; dann ist keine amtliche Anordnung darin enthalten und die Beweisregel des § 382 greift überhaupt nicht Platz. Es kann behauptet und bewiesen werden, daß Schreibfehler oder ähnliche Unrichtigkeiten unterliefen oder daß der Inhalt der Urkunde von dem Inhalte einer mündlichen Erklärung abweicht, mit der er übereinstimmen sollte, wie z. B. das Urteil von der verkündeten Urteilsformel. Das ist aber kein Gegenbeweis dagegen, daß die Anordnung ꝛc. so, wie sie in der Urkunde steht, erlassen wurde, sondern diese Behauptungen und Beweise

Digitized by Google

widerlegen die Richtigkeit des Inhalts der Anordnung ꝛc. Auch der Beweis ist zulässig, daß die Angaben der Urkunde über Ort und Zeit ihrer Ausstellung unrichtig sind. [AM. Gaupp I S. 728 bei N. 2.]

§ 383.

Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

Beruht das Zeugnis nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergiebt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

Mot. S. 261—266. KPr. S. 152—161, 553.

1. Die Beweisregel des § 383 gilt für öffentliche Urkunden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 380), die weder über eine vor einer Urkundsperson oder Behörde abgegebene Erklärung errichtet sind, noch eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung einer Behörde enthalten. Beispiele solcher Urkunden sind Gerichtsprotokolle (§§ 145, 146, 151), Zustellungsurkunden der Gerichtsvollzieher und Postboten (§§ 174, 178), Protokolle der Gerichtsvollzieher (§ 682), Wechselproteste (WO. Art. 87), Postbotenberichte (RPostgeſ. v. 28. Okt. 1871 § 47), Zeugnisse der Telegraphenbeamten über die Aufgabe und die Ankunft eines Telegramms (ein solches Zeugnis liegt in jeder Ausfertigung eines Telegramms), Zeugnisse von öffentlichen Behörden oder Urkundspersonen über den Gleichlaut einer Abschrift mit der Urschrift, ferner Zeugnisse der mit der Führung des Handelsregisters, der Grund- oder Hypothekenbücher betrauten Behörden, Zeugnisse der Vormundschafts- und der Verlassenschaftsbehörden ꝛc. ꝛc.

Die Beweisregel des § 383 nötigt das Gericht, die von der Behörde oder Urkundsperson auf Grund eigener Wahrnehmung bezeugte Thatsache als durch das öffentliche Zeugnis vollständig erwiesen anzunehmen. Welches dann der Beweiswert dieser Thatsache ist, ist eine Frage für sich.

2. Während gegen den aus der Vorschrift des § 380 sich ergebenden Beweis der Gegenbeweis reichsgesetzlich zugelassen ist (§ 380 Abs. 2), also nicht durch Landesgesetz beschränkt werden kann, ist der Gegenbeweis gegen den aus § 382 Abs. 1 sich ergebenden Beweis zwar reichsgesetzlich nicht ausgeschlossen, kann aber durch Landesgesetze ausgeschlossen oder beschränkt werden. Dieser Vorbehalt wurde nach den Mot. S. 266 insbesondere mit Rücksicht auf Zeugnisse der Grundbuch- und Hypothekenbehörde gemacht. Den Gegenbeweis gegen diejenigen Urkunden, deren Errichtung reichsgesetzlich geregelt ist, z. B. gegen Zustellungsurkunden der Gerichtsvollzieher, kann die Landesgesetzgebung weder ausschließen noch beschränken.

3. Die Beweiskraft des öffentlichen Zeugnisses beschränkt sich der Natur eines Zeugnisses nach auf Thatsachen, die von der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen sind. Der Abs. 3 des § 383 hält jedoch landesgesetzliche Vorschriften aufrecht, wodurch ausnahmsweise die Beweiskraft des amtlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist. Der Vorbehalt ist zunächst wegen landesgesetzlicher Bestimmungen über Zeugnisse der Geistlichen und Civilstandsbeamten in Betreff des Personenstandes eingefügt, wie solche z. B. in dem preuß. Gesetz v. 9. März 1874 über die Beurkundung des Personen-

Digitized by Google

standes ꝛc. § 11 und in dem bad. Ges. v. 21. Dez. 1861 §§ 21 Abs. 2, 36, 37, 40 Abs. 3, 47 enthalten sind. Derartige Landesgesetze sind auch durch das RG. v. 6. Juli 1875 betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc. nicht gegenstandslos geworden; denn sie sind maßgebend für die vor dem RG. liegenden Beurkundungen des Personenstandes (KPr. S. 156). Auch für öffentliche Zeugnisse anderer Art kann die Landesgesetzgebung die Unabhängigkeit der Beweiskraft von der eigenen Wahrnehmung bestimmen. Daß reichsgesetzliche Vorschriften, wonach die Beweiskraft eines öffentlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist, in Geltung bleiben, folgt aus EG. § 13; daher sind die in dem BG. v. 4. Mai 1870, betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes im Auslande, und in dem RG. v. 6. Febr. 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes ꝛc., § 15 enthaltenen Bestimmungen dieser Art durch die CPrO. nicht berührt worden.

§ 384.

Inwiefern Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweiskraft einer Urkunde ganz oder teilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung.

Mot. S. 266, 267. KPr. S. 153, 156, 160, 553.

1. Der für öffentliche wie für Privaturkunden (KPr. S. 160) geltende § 384 nimmt Urkunden mit Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen oder sonstigen äußeren Mängeln z. B. Rissen oder Lücken im Papiere, die die Schrift unterbrechen, Flecken, die die Lesbarkeit der Schrift beeinträchtigen, von den Beweisregeln der §§ 380—383 aus und stellt die Würdigung ihrer Beweiskraft dem freien richterlichen Ermessen anheim. Diese Freiheit der Beweiswürdigung gilt nicht bloß für den mit dem Mangel behafteten Passus, sondern für die ganze Urkunde. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 730, RG. 21. Apr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 115 S. 430. AM. Struckm. Koch N. 1, die nur für die Frage, welcher Einfluß den Mängeln zukommt, die freie Beweiswürdigung gelten lassen wollen.] Die unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (z. B. preuß. Not.Ordn. v. 11. Juli 1845 § 12, bay. Not.Ges. v. 10. Nov. 1861 Art. 71, 72) bei öffentlichen Urkunden vermerkten Abstriche, Zusätze und Abänderungen sind keine äußeren Mängel im Sinne des § 384 und setzen daher die gesetzlichen Beweisregeln nicht außer Kraft. — Natürlich kann stets der Beweis geführt werden, daß Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen ꝛc. dem Willen des Urkundenausstellers entsprechen. Dieser Beweis kann insbesondere auch durch Zusatzurkunden oder durch unterschriebene Randbemerkungen geliefert werden. Derartige Beweisführung kann alle Bedenken gegen die Beweiskraft der Urkunde beseitigen, bewirkt aber immer noch nicht, daß die Urkunde selbst unter die gesetzlichen Beweisregeln fällt.

2. Durch § 384 ist keineswegs ausgesprochen, daß die mit einem äußeren Mangel behaftete Urkunde untüchtig zum Beweise sei. Nur der gesetzliche Zwang der §§ 380—383 wird beseitigt; im übrigen bleibt dem Richter unbenommen, aus der Urkunde vollen Beweis zu entnehmen.

3. Über das Verhältnis des § 384 zu den Vermutungen der §§ 402, 405 Abs. 2 s. die Bemerkungen zu den §§ 402 und 405.

§ 385.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde.

Mot. S. 267. KPr. S. 156, 553.

1. Die Motive bemerken: „Die Antretung des Urkundenbeweises gestaltet sich verschieden, je nachdem sich die Urkunde in den Händen a) des Beweisführers § 385, b) des Gegners § 386, c) eines Dritten § 393, d) einer öffentlichen Behörde oder

Digitized by Google

eines öffentlichen Beamten § 397 befindet. Insoweit sich die Urkunde in den Händen der beweisführenden Partei befindet oder — § 397 Abs. 2 — von ihr ohne Mitwirkung des Gerichts beschafft werden kann, erfolgt in Konsequenz des von dem Gesetze angenommenen Grundsatzes der Beweisverbindung die Beweisantretung durch die Vorlegung der Urkunde in der mündlichen Verhandlung."

Die Vorlegung der Urkunde besteht darin, daß die Urkunde dem Gerichte (im Falle des § 399 dem beauftragten oder ersuchten Richter) vorgezeigt wird, so daß das Gericht (der beauftr. od. ers. R.) und der Gegner sie einsehen können. Wird eine Urkunde in der mündlichen Verhandlung dem Gerichte überreicht, so ist damit auch dem Gegner Gelegenheit und Veranlassung zur Einsicht der Urkunde und zur Erklärung darüber gegeben [RG. v. 7. April 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 124]. Bei der Vorlegung von Handelsbüchern oder Urkundensammlungen hat der Beweisführer die einzelnen Stellen anzugeben, die zum Beweise dienen sollen [RG. 18. Febr. 1880 Entsch. I Nr. 151 S. 423]. Inwieweit von dem Inhalte vorgelegter Handelsbücher Einsicht zu nehmen ist, bestimmen die Art. 38, 40 des HGB. — In dem Begriffe der Vorlegung liegt nicht, daß die Urkunde zu den Gerichtsakten abgegeben werde. Die Abgabe ist nur für die Vollmachtsurkunden in § 76 vorgeschrieben. Nach § 408 werden jedoch alle vorgelegten Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Das Gericht muß also diese Urkunden an sich nehmen.

2. Von der Antretung des Urkundenbeweises zu unterscheiden ist die Vorbereitung, wovon die instruktionellen Vorschriften der §§ 122, 124—126 handeln.

3. Wegen der Befugnis des Gerichts, die Vorlegung gewisser Urkunden und deren Verbleiben auf der Gerichtsschreiberei von Amtswegen anzuordnen, s. die §§ 133, 134.

§ 386.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

Mot. S. 267. KPr. S. 156, 553.

1. Der Editionsantrag kann von der Hauptpartei, bei Streitgenossenschaft von jedem Streitgenossen, und von dem Nebenintervenienten gestellt werden. Ein Streitgenosse kann den Editionsantrag nur stellen, wenn er selbst einen Editionsanspruch gegen den Gegner zu haben behauptet. Der Nebenintervenient kann seinen Editionsantrag sowohl aus einem ihm selbst gegen den Gegner zustehenden Editionsanspruche, wie auch aus einem Editionsanspruche der Hauptpartei begründen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Gaupp I S. 731, Wach I S. 642.] Der Editionsantrag eines Nebenintervenienten in der Normalstellung des § 64 wird unwirksam, wenn die unterstützte Hauptpartei widerspricht (vgl. Bem. N. 2 litt. d zu § 64). Der Editionsantrag eines Nebenintervenienten in der Stellung des § 66 ist trotz dem Widerspruche der unterstützten Hauptpartei wirksam, wenn der Antrag auf einen dem Intervenienten selbst zustehenden Anspruch gestützt wird; stützt aber der Nebenintervenient in der Stellung des § 66 seinen Editionsantrag auf einen Anspruch der unterstützten Hauptpartei und widerspricht die Hauptpartei dem Antrage, so kann dem Editionsantrage keine Folge gegeben werden, weil der Nebenintervenient den Editionsanspruch der Hauptpartei gegen deren Willen nicht geltend machen kann.

Der Editionsantrag nach § 386 kann gegen die Hauptpartei, bei Streitgenossenschaft gegen jeden Streitgenossen, sowie gegen den gegnerischen Nebenintervenienten in der Stel-

Digitized by Google

lung des § 66 gestellt werden. Das folgt daraus, daß der Nebenintervenient nach § 66 als Streitgenosse der Hauptpartei gilt; auch ergiebt § 414 die Möglichkeit, diesem Nebenintervenienten den Eid zuzuschieben, woraus zu folgern ist, daß auch der Editionseid von ihm verlangt werden kann. [Vgl. Francke Nebenparteien S. 107.] Umgekehrt folgt aus § 414 die Unmöglichkeit, von dem gegnerischen Nebenintervenienten in der Stellung des § 64 den Editionseid zu verlangen, woraus sich der Schluß ergiebt, daß das Inzident-Editionsverfahren der §§ 386—392 gegen einen Nebenintervenienten in der Stellung des § 64 unzulässig ist. Gegen den Nebenintervenienten in der Stellung des § 66 kann ein Editionsantrag gestellt werden, wenn dem Antragsteller ein Editionsanspruch gegen den Nebenintervenienten zusteht. Kann gegen den Nebenintervenienten kein Editionsantrag gestellt werden, so gilt er als Dritter im Sinne der §§ 393, 394; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 393 und Bem. Nr. 2 litt. c zu § 394.

Gegen den gesetzlichen Vertreter kann ein Editionsantrag nach § 393 gestellt werden, sowohl wenn die von ihm vertretene Partei wie wenn er selbst die Urkunde in Händen hat. Die Editionspflicht muß in beiden Fällen in der Person der Partei begründet sein.

2. Der Editionsantrag muß in dem Termine zur mündlichen Verhandlung gestellt werden. Im Anwaltsprozesse soll der Antrag durch Schriftsatz dem Gegner vorher mitgeteilt werden (§§ 120, 121 Nr. 5, 123). Der Antrag ist zulässig bis zum Schusse der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil ergeht (§ 256); auch noch in der Berufungsinstanz (§ 491). Die Erfordernisse des Antrags s. § 389. Legt der Gegner die Urkunde vor, deren Vorlegung beantragt ist, so ist der Antrag erledigt. Anderenfalls entsteht ein Zwischenstreit, über dessen Erledigung s. §§ 390, 391.

3. Über Editionsanträge zum Zwecke der Schriftvergleichung s. § 406 Abs. 3. — Im Urkundenprozesse sind Editionsanträge ausgeschlossen; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 558. Über Editionsanträge in Ehesachen s. § 577 Abs. 2. Im Entmündigungsverfahren sind Editionsanträge ausgeschlossen (§§ 611, 620, 624, 626); vgl. Bem. Nr. 1 zu § 611.

§ 387.

Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:

1) **wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;**
2) **wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.**

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

Mot. S. 267, 268. KPr. S. 156, 553, 554.

1. Litteratur: Glück Pand. XXII S. 108 ff., M. Mittermaier über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden (1835), Demelius die Exhibitionspflicht (1872), Goldschmidt über Editionspflicht insbes. betreffend gemeinschaftliche Urkunden- und Handelsbücher in Ztschr. f. d. g. HR. XXIX S. 341 ff., Huggenberger die Pflicht zur Urkundenedition (München 1889), Apt die Pflicht zur Urkundenedition (Berlin 1892), Kohler Arch. f. c. Pr. LXXIX S. 1 ff., Planck Lehrb. II § 119, Hellmann Lehrb. S. 543 ff.

Digitized by Google

2. In den §§ 387, 388 ist bestimmt, welche Urkunden der Prozeßgegner vorzulegen hat. Der § 394 bestimmt, welche Urkunden ein Dritter vorzulegen hat, wenn in einem anhängigen Prozesse, ein Beweis gemäß § 393 angetreten ist.

Die deutsche Prozeßordnung behandelt die Editionspflicht grundsätzlich nicht als eine allgemeine, der Zeugnispflicht parallel gehende Staatsbürgerpflicht, sondern als eine privatrechtliche Verpflichtung (vgl. hann. Prot. VII S. 2485 ff., 2519 ff., XV S. 5763 ff., XVI S. 6459 ff., nordd. Prot. II S. 942 ff., Verh. d. Kammer d. A. d. bay. Landtags 1863—65 Beil. III Abt. 2 S. 207, Mot. zu Entw. III S. 267 f.). Die CPrO. folgte dabei im wesentlichen dem früheren gem. deutschen Prozeßrechte und der Mehrzahl der deutschen Partikularrechte. Weiter war die Editionspflicht in der preuß. AGO. I 10 §§ 91, 94, 101, der hann. PrO. §§ 311, 319, dem hann. Entw. I. Les. § 387 und in dem sächs. Ent. §§ 436, 437 ausgedehnt.

Auf privatrechtlichem Grunde beruht nicht bloß die Editionspflicht nach § 387 Nr. 1, sondern auch die nach § 387 Nr. 2; denn die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden ist nach der Entwicklung der Editionspflicht in Deutschland und nach der Entstehungsgeschichte des § 387 [darüber vgl. Apt a. a. O. S. 54 ff.] ein nicht aus dem Prozesse erst entstehender, sondern ein auch außerhalb des Prozesses bestehender Editionsgrund. Dieser Editionsgrund wurde neben den sonstigen Editionsgründen des bürgerlichen Rechts in der CPrO. nur deshalb besonders angeführt, weil mit Rücksicht auf die Vielheit der in Deutschland geltenden Civilrechte die Anerkennung dieses wichtigen Editionsgrundes im Prozeßgesetze nötig war, um die Rechtseinheit zu sichern.

Auf prozessualischem Thatbestande beruht der Editionsgrund des § 388. Dieser kann erst im Prozesse und durch den Prozeß entstehen.

Übrigens gelten alle Vorschriften der CPrO. über Editionspflicht nur für die Vorlegung von Urkunden, die eine Partei in einem anhängigen Prozesse als Beweismittel benutzen will. Außerdem ist die Verpflichtung zur Vorlegung einer Urkunde nicht nach den Vorschriften der CPrO., sondern nur nach den Vorschriften des maßgebenden Civilrechts zu beurteilen [RG. Entsch. XII Nr. 122 S. 412]. Vgl. a. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 394. — Im Entw. I e. BGB. § 775 war die Verweisung auf die CPrO. vorgeschlagen. Entw. II § 696 enthält eine Regelung der Editionspflicht außerhalb des Prozesses; darauf soll künftig der § 387 der CPrO. verweisen.

3. Zu Nr. 1: Kann nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts der Beweisführer von dem Gegner die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde außerhalb des Prozesses verlangen, so kann er in dem Prozesse die Vorlegung der Urkunde (nicht die Herausgabe) beanspruchen. Entscheidend ist nicht das am Sitze des Prozeßgerichts geltende bürgerliche Recht, sondern das für die materiellrechtlichen Pflichten des Editionsgegners maßgebende. Unter dem bürgerlichen Rechte ist auch das Handelsrecht begriffen.

a) Nach dem gemeinen Civilrechte kann die Herausgabe einer Urkunde außerhalb eines anhängigen Prozesses verlangen, wer Eigentum oder Miteigentum an der Urkunde, wer actio Publiciana oder eine Besitzklage auf die Herausgabe der Urkunde oder ein Pfandrecht an der Urkunde hat. Ein Forderungsrecht auf Herausgabe kann begründet sein durch Vertrag, wie Depositum, Kommodat, Pfandvertrag, Kaufvertrag, Cession, Mandat, Societät ꝛc., durch negotiorum gestio und durch unerlaubte Handlung, z. B. Entwendung. Unter welchen Voraussetzungen jemand außerhalb des Prozesses die Vorlegung (Exhibition) einer Urkunde verlangen kann, ist bestritten [vgl. Windscheid Pand. II § 474 Nr. 6, Demelius a. a. O. S. 127 ff., 250 ff., 269 ff.]. Nach der herrschenden Ansicht kann jemand die Vorlegung der Urkunde verlangen, die eine von ihm oder für ihn gemachte Beurkundung

Digitized by Google

über eine für seine Rechtsverhältnisse bedeutsame Thatsache enthält (gemeinschaftliche Urkunde). [Vgl. Windscheid a. a. O., RG. 1. Febr. 1894 Entsch. XXXII Nr. 43 S. 166.] Entspricht dies nicht den römischen Rechtsbüchern [wie Demelius a. a. O. nachweist], so ist doch nicht zu verkennen, daß die Praxis seit alter Zeit über das röm. Gesetz hinaus ging und die Editionspflicht in Bezug auf gemeinschaftliche Urkunden, wenn auch nicht ohne Schwankungen, so doch zumeist anerkannte. [Nachweise bei Apt a. a. O. S. 14 ff.] Auf diese Praxis dürfte die ungloſſierte l. 2 C. de fide instr. 4, 21, worin Justinian die Pflicht zur Urkundenedition fast auf den Umfang der Zeugnispflicht erweiterte, nicht ohne Einfluß gewesen sein. Besonderes gilt für Testamente und Kodizille (Dig. tit. 43, 5; Cod. tit. 8, 7). Besonderes galt nach dem röm. Rechte bezüglich der Geschäftsbücher der argentarii; diese Bestimmungen sind aber nicht einmal zu analoger Anwendung geeignet, da sie durch die Vorschriften des HGB. über Vorlegung der Handelsbücher außer Kraft gesetzt wurden. — Privilegien des Fiskus in Bezug auf Urkundenvorlegung (s. l. 2 §§ 1, 2 D. de I. F. 49, 14) sind beseitigt, weil sie zu den Eigentümlichkeiten des röm. Fiskalprozesses gehören.

b) Das HGB. enthält in Art. 105, 145, 160, 193, 222a Abs. 3, 225 Abs. 1, 239 Abs. 2, 253, 270 Bestimmungen, nach denen gewissen Personen außerhalb des Prozesses das Recht zusteht, Handelsbücher einzusehen. Das Recht auf Einsicht der Bücher schließt das Recht auf Vorlegung ein. Ferner kann auf Grund des Art. 40 des HGB. eine, wenn auch in ihrem Erfolge dem richterlichen Ermessen anheimgegebene, Klage auf Vorlegung von Handelsbüchern in Erbschafts- und Gütergemeinschaftsangelegenheiten erhoben werden, ohne daß ein Prozeß über eine derartige Angelegenheit schon anhängig ist. Ist § 387 der CPrO. neben dem Art. 37 Satz 1 des HGB. in Bezug auf Handelsbücher überhaupt anwendbar (darüber vgl. unten Bem. Nr. 5 litt. b), so ergiebt sich aus den angeführten Bestimmungen des HGB. auch ein Recht auf Vorlegung von Handelsbüchern im Prozesse.

4. Zu Nr. 2: Hier ist bestimmt, daß der Inhaber einer Urkunde verpflichtet ist, sie dem Beweisführer (dazu vgl. Bem. Nr. 1 zu § 386) vorzulegen, wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach für den Beweisführer und den Inhaber gemeinschaftlich ist. Warum die CPrO. die Gemeinschaftlichkeit als Editionsgrund ausdrücklich nennt, ist in Bem. Nr. 2 Abs. 3 dargelegt worden. Der Begriff der Gemeinschaftlichkeit ist in der CPrO. nicht erschöpfend definiert; denn die Umstände, unter denen das Gesetz die Gemeinschaftlichkeit anzunehmen gebietet, sind mit „insbesondere" eingeführt. Aber das Gesetz führt eine Reihe von Umständen an, unter denen Urkunden als gemeinschaftliche gelten, und für diese Fälle ist die Gemeinschaftlichkeit allerdings im Gesetze festgestellt. In diesem Sinne ist die Äußerung der Motive S. 267 zu verstehen, daß der Begriff der Gemeinschaftlichkeit zur Beseitigung von Zweifeln im § 387 „festgestellt" sei.

a) Gemeinschaftlich ist nach Bestimmung der CPrO. eine Urkunde für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist. Es ist nicht erforderlich, daß die Urkunde im gemeinsamen Interesse des Beweisführers und des dermaligen Inhabers errichtet ist; es genügt, wenn sie im einseitigen Interesse des Beweisführers oder im Interesse des Beweisführers und eines Dritten errichtet ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Gaupp I S. 733 f. AM. Goldschmidt a. a. O. S. 389.] Daß bei Errichtung der Urkunde beabsichtigt wurde, die Urkunde solle gemeinschaftlich sein, ist nicht erforderlich; die Gemeinschaftlichkeit ist eine objektive Eigenschaft. [Vgl. Kohler a. a. O. S. 23 ff.]

b) Gemeinschaftlich ist ferner nach Bestimmung der CPrO. jede Urkunde für die Personen, deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Nicht notwendig ist, daß dies gegenseitige Rechtsverhältnisse des Beweisführers und des Besitzers der Urkunde sind. Gemeinschaftlich sind hiernach alle Arten von Vertragsurkunden einschließlich der

Digitized by Google

Schuldscheine für alle Beteiligten. Als beteiligt erscheint auch der Bürge und bei Verträgen in favorem tertii der Dritte, aber nicht der Gläubiger oder der Konkursverwalter, der den Vertrag wegen Benachteiligung der Gläubiger anfechten will [vgl. Kohler a. a. O. S. 34]. Ist eine Vertragsurkunde in duplo ausgefertigt, so kann jeder Kontrahent auch die Vorlegung des Exemplars des anderen verlangen. Eine Quittung ist gemeinschaftliche Urkunde für den Aussteller und den Quittungsempfänger sowie auch für den Bürgen und den Drittbesitzer des Hypothekenobjekts, weil sie das Aufhören eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Quittierenden und dem Empfänger, eventuell auch für den Bürgen und den Drittbesitzer, beurkundet [vgl. SA. XVI Nr. 88, XVII Nr. 169, Kohler a. a. O. S. 29]. Gemeinschaftlich ist die von einem Rechnungspflichtigen gestellte Rechnung für den Rechnungssteller und den Rechnungsempfänger. Gemeinschaftlich sind die Sal- und Lagerbücher, die Stifts-, Zins- und Schaarwerksregister für den Grundeigentümer und den Abgabepflichtigen [vgl. Cod. Maximil. Bav. civ. IV 7 § 25 Nr. 8] und die Lehensprotokolle für den Lehensherrn und den Vasallen. Gemeinschaftlich sind ferner die im Geschäftsverkehre zwischen Gewerbetreibenden oder Kaufleuten und ihren Kunden geführten Kontobücher u. dgl. Den Parteien gemeinschaftlich sind Zustellungsurkunden sowie Entscheidungen der Gerichte und anderer Behörden. Die Geschäftsbücher einer Sparkasse sind quoad passus concernentes gemeinschaftlich im Verhältnisse zwischen Kasse und Einlegern [RG. 12. Mai 1882 SA. XXXVII Nr. 348]. Keine gemeinschaftlichen Urkunden sind die im öffentlichen Interesse angelegten Akten einer Verwaltungsbehörde [RG. 21. Nov. 1893 SA. XLIX Nr. 214]. Einseitige Aufzeichnungen in Haus-, Rechnungs- und Haushaltungsbüchern sind keine gemeinschaftlichen Urkunden, weil sie nicht zur Beurkundung gegenseitiger Rechtsverhältnisse, sondern im einseitigen Interesse des Aufzeichnenden errichtet sind [vgl. Kohler a. a. O. S. 35]. Wegen der Handelsbücher der Kaufleute s. u. Bem. Nr. 5.

c) Gemeinschaftlich sind nach Bestimmung der CPrO. auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten oder zwischen einem der Beteiligten und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen, also Punktationen aller Art, ferner die vor oder nach dem Geschäftsabschlusse liegende Korrespondenz zwischen den Vertragschließenden oder ihren Vertretern sowie die Korrespondenz zwischen einem der Vertragschließenden und dem gemeinsamen Vermittler, einerlei von wem die Briefe geschrieben sind. Dagegen ist für den Vertragschließenden A die Korrespondenz zwischen dem Vertragschließenden B und dem von diesem einseitig zur Vermittlung oder zum Abschlusse des Geschäfts Beauftragten nicht gemeinschaftlich.

Da in Abs. 2 der Nr. 2 des § 387 der Begriff der Gemeinschaftlichkeit nicht erschöpfend definiert ist, kann es außer den hier angeführten Urkunden noch andere geben, für die der Gesichtspunkt der Gemeinschaftlichkeit zutrifft. Als solche kommen z. B. in Betracht Stiftungsurkunden für die, wenn auch nur eventuell, Bezugs- und Verwaltungsberechtigten, Urkunden über Erbschaftsantretung und über Inventarisation eines Nachlasses für Miterben, Vermächtnisnehmer, Erbschaftsgläubiger, Pflichtteilsberechtigte, die Geschäftsbücher einer Gesellschaft für die Gesellschafter, soweit nicht das Recht zur Einsicht gesetzlich oder vertragsmäßig beschränkt ist.

5. Über Vorlegung von Handelsbüchern und des Mäklertagebuchs:

a) Aus welchen Vorschriften des HGB. sich ein Anspruch auf Vorlegung von Handelsbüchern außerhalb des Prozesses ergiebt, ist in Bem. Nr. 3 litt. b erörtert. Vorschriften über die Vorlegung von Handelsbüchern im Prozesse enthalten die Art. 37 Satz 1, 38 vgl. mit 40 des HGB. Diese Vorschriften sind gemäß § 13 des EG. durch die CPrO. nicht aufgehoben. Über das Verhältnis des Art. 37 Satz 1 zu § 387 der CPrO. bestehen

Digitized by Google

verschiedene Meinungen. Nach der einen Ansicht soll Art. 37 Satz 1 als die speziellere Rechtsnorm für die Edition von Handelsbüchern im Prozesse ausschließlich maßgebend sein [so Goldschmidt a. a. O. S. 367, Kohler a. a. O. S. 35 f., Gareis und Fuchsberger HGB. N. 31 zu den Art. 34—36, RG. 14. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 101 S. 380, 18. Sept. 1886 XVIII Nr. 5 S. 24 und wohl auch Behrend Lehrb. d. HR. I S. 302]; danach würde also ein Antrag auf Vorlegung eines Handelsbuchs im Prozesse überhaupt nicht auf § 387 der CPrO., sondern nur auf Art. 37 des HGB. gestützt werden können; die Partei würde kein dem richterlichen Ermessen entzogenes Recht auf Vorlegung eines Handelsbuchs im Prozesse, sondern bloß die Möglichkeit haben, einen Antrag nach Art. 37 des HGB. zu stellen, worauf dann das Gericht nach seinem freien Ermessen die Vorlegung anordnen könnte — oder auch nicht. Diese Ansicht ist unrichtig; denn eine Abschwächung materiellrechtlicher Editionsansprüche für den Fall, daß der Editionspflichtige Prozeßgegner wird, hat keinen vernünftigen Sinn und steht mit der ganzen Richtung des Gesetzes, das die Editionspflicht im Prozesse im Verhältnis zu der außerhalb des Prozesses gewiß nicht enger bemißt, in schroffem Widerspruch. Vielmehr gelten in Bezug auf Handelsbücher die Vorschriften des § 387 der CPrO. neben der Bestimmung des Art. 37 Satz 1 des HGB. Hiernach kann ein Editionsantrag auf Vorlegung von Handelsbüchern im Prozesse auf § 387 Nr. 1 (indirekt also auch auf HGB. Art. 40, 105, 145, 160, 193, 222a Abs. 3, 225 Abs. 1, 239 Abs. 2, 253, 270) und, soweit Handelsbücher gemeinschaftliche Urkunden sind (darüber s. u.), auch auf § 387 Nr. 2 gestützt werden; einem solchen Antrage muß stattgegeben werden, wenn der Editionsgrund glaubhaft gemacht ist (§ 389 Nr. 5). Ein Editionsantrag kann aber auch ohne Angabe und Glaubhaftmachung eines speziellen Editionsgrundes auf Art. 37 Satz 1 des HGB. gestützt werden und die Bewilligung eines solchen Antrags steht im freien Ermessen des Gerichts. [Dieser Ansicht pflichten u. a. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 734 sowie die Uu. d. RG. 12. Mai 1882 SA. XXXVII Nr. 348, 16. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 11 S. 45 bei. Auch der Entsch. d. RG. Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 439 liegt diese Ansicht zu Grunde; insofern darin die Frage der Gemeinschaftlichkeit der Handelsbücher erörtert wird; denn diese Frage würde gegenstandslos sein, wenn der § 387 auf Handelsbücher nicht anwendbar wäre.]

Die ganzen Handelsbücher sind nur für den Kaufmann bestimmt, in dessen Geschäft sie geführt werden; sie sind daher für andere Personen, die nicht Rechtsnachfolger des Kaufmanns sind, nicht gemeinschaftliche Urkunden [vgl. Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 734, RG. 3. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 439]. Aber die einzelnen Einträge, wodurch die rechtsgeschäftlichen Beziehungen des Kaufmanns zu einer anderen Person gebucht werden, sind für diese Person gemeinschaftliche Urkunden, weil diese Einträge auch nach Beseitigung der gesetzlichen Beweisregeln (vgl. EG. § 13 Nr. 2) bedeutende Beweiskraft haben und als Beurkundungen der gegenseitigen Rechtsverhältnisse erscheinen. Daher kann die Vorlegung der Handelsbücher quoad passus concernentes im Prozesse verlangt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp I S. 734, Behrend Lehrb. d. HR. I S. 302, RG. 12. Mai 1882 SA. XXXVII Nr. 348, 16. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 11 S. 45. AM. Kohler a. a. O. S. 36, Planck Lehrb. II S. 249.]

In Kraft bleiben auch die Vorschriften der Art. 38 und 40 des HGB., aus denen sich ergiebt, wie bei der Einsicht von Handelsbüchern zu verfahren ist, insbesondere auch, in welchem Umfange sie einzusehen sind.

b) Nach HGB. Art. 79 kann das Gericht, selbst ohne Antrag einer Partei, die Vorlegung des Mäklertagebuchs im Laufe eines Rechtsstreits anordnen, einerlei ob der

Digitized by Google

Mäkler Partei ist oder nicht. Dieser Art. 79 ist geltendes Recht. Er tritt neben CPrO. § 387. Der Eintrag im Mäklertagebuche ist gemeinschaftliche Urkunde für die beiden Vertragschließenden und den Mäkler.

c) Endlich kann die Vorlegung von Handelsbüchern auch auf Grund des § 388 verlangt werden, wenn und soweit der Gegner darauf Bezug genommen hat; denn die Vorschrift des § 388 ist ebenso, wie die Vorschriften des § 387, neben dem Art. 37 Satz 1 des HGB. auf Handelsbücher anwendbar.

§ 388.

Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatze geschehen ist.

Mot. S. 267, 268. KPr. S. 156, 553, 554.

Litteratur: S. bei § 387, besonders Apt a. a. O. S. 22 ff.

1. Unabhängig von rechtlichen Beziehungen des Beweisführers zur Urkunde entsteht nach § 388 eine Editionspflicht des Prozeßgegners durch einen prozessualischen Vorgang, nämlich dadurch, daß der Gegner in einem Schriftsatze oder in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte oder vor dem beauftr. oder ers. Richter auf eine in seinen Händen befindliche Urkunde zur Beweisführung Bezug genommen hat (vgl. a. §§ 125 und 133). Die Worte „zur Beweisführung" sind nicht zu urgieren; jede Bezugnahme im Prozesse erfolgt zur Beweisführung, auch wenn die Urkunde nicht förmlich als Beweismittel bezeichnet wird [vgl. Apt a. a. O. S. 23 ff., Kohler a. a. O. S. 1 f., Planck II S. 250]. Die durch die Bezugnahme entstandene Editionspflicht wird durch Verzicht des Gegners auf die Benutzung der Urkunde nicht aufgehoben. Diese Verpflichtung besteht übrigens nur für den einzelnen Prozeß, worin die Bezugnahme erfolgte.

2. Durch die Bezugnahme eines Streitgenossen entsteht nur für ihn, nicht für seine Streitgenossen, eine Editionspflicht. Hat ein Nebenintervenient auf eine in seinem Gewahrsam befindliche Urkunde Bezug genommen, so entsteht die Editionspflicht für ihn, nicht für die Hauptpartei (vgl. a. Bem. Nr. 1 zu § 386 u. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 394). Dadurch, daß ein Nebenintervenient auf eine in den Händen der Hauptpartei befindliche Urkunde Bezug nimmt, wird weder die Hauptpartei noch der Intervenient zur Edition verpflichtet.

§ 389.

Der Antrag soll enthalten:

1) **die Bezeichnung der Urkunde;**
2) **die Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen;**
3) **die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;**
4) **die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;**
5) **die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergiebt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.**

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 156, 553.

1. Die Motive bemerken zu § 389: „Die Vorschrift ist nicht bloß instruktionell, sondern imperativ und hat nur um deshalb die mildere Fassung („soll") erhalten, weil der Antrag mittels Schriftsatzes nicht gestellt, sondern nur vorbereitet werden soll, mit-

Digitized by Google

hin berücksichtigt werden muß, wenn in der mündlichen Verhandlung den Erfordernissen des § 389 entsprochen wird."

Auf den Antrag ist die Vorschrift des § 269 nicht anwendbar (s. Bem. Nr. 1 zu § 269). — Ein den Erfordernissen des § 389 nicht entsprechender Antrag ist ohne Entscheidung über das Bestehen des Editionsanspruchs, folglich auch ohne Auflage eines Editionseides, durch Zwischenurteil oder im Endurteile zurückzuweisen.

2. Zu Nr. 1: Die Bezeichnung muß so bestimmt sein, daß der Gegner wissen kann, um welche Urkunde es sich handelt.

3. Zu Nr. 2: Diese Angaben sind zur Prüfung der Erheblichkeit der Thatsachen nötig.

4. Zu Nr. 3: Hat der Beweisführer eine Abschrift, so kann er diese vorlegen.

5. Zu Nr. 4: Es ist anzugeben, wie der Gegner in den Besitz der Urkunde gelangte. Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich. Anders § 395.

6. Zu Nr. 5: Der Grund des Editionsanspruchs — also der materielle Rechtstitel (§ 387 Nr. 1) oder die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde (§ 387 Nr. 2) oder die Bezugnahme des Gegners (§ 388) — ist anzugeben und glaubhaft zu machen. Im Falle des § 388 dienen die Akten zur Glaubhaftmachung. Wird der Editionsantrag nicht auf § 387 oder § 388, sondern auf HGB. Art. 37 Satz 1 oder Art. 79 gestützt, so entfällt die Angabe eines besonderen Editionsgrundes; vgl. Bem. Nr. 5 litt. a zu § 387.

7. Der Antragsteller muß den Editionseid nicht besonders verlangen. Kein Gefährdeeid.

§ 390.

Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich, und den Antrag für begründet, so ordnet es, wenn der Gegner zugesteht, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde, oder wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.

Mot. S. 268. KPr. S. 156, 553.

1. Bei formell ordnungsmäßigem Editionsantrage sind folgende Prozeßlagen möglich:

a) Der Gegner bestreitet die Erheblichkeit der durch die Urkunde zu erweisenden Thatsache, gesteht aber den Besitz der Urkunde zu und erkennt seine Editionspflicht an. Dann liegt kein Zwischenstreit vor. Hält das Gericht die Thatsache für erheblich, so ordnet es durch Beweisbeschluß die Vorlegung der Urkunde an. Hält das Gericht die Thatsache für unerheblich, so ist dies in den Entscheidungsgründen des Endurteils auszusprechen.

b) Der Gegner gesteht den Besitz der Urkunde zu, bestreitet aber seine Editionspflicht. Dies ist selbst bei Zugeständnis der zur Begründung des Editionsantrags behaupteten Thatsachen möglich; es kann bestritten werden, daß sich daraus die Editionspflicht ergebe. α) Das Gericht erachtet die Thatsache, die durch die Urkunde erwiesen werden soll, für unerheblich. Dann liegt keine Veranlassung zur Entscheidung über die Editionspflicht vor. Das Gericht schreitet nach Erledigung sonstiger Beweisaufnahme zum Endurteil und erklärt in den Entscheidungsgründen jene Thatsache für unerheblich. β) Das Gericht erachtet die Thatsache für erheblich, die Editionspflicht aber nicht für begründet. Dann ist der Zwischenstreit zu entscheiden. Das Gericht weist den Editionsantrag durch Urteil ab. Die abweisende Entscheidung kann in den Gründen des Endurteils enthalten sein; sie kann aber auch durch Zwischenurteil erfolgen (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 275). γ) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich und den Antrag für begründet. Dann ordnet es die Vorlegung der Urkunde an. Diese Entscheidung ist, soweit sie die Erheblichkeit der Thatsache bejaht, Beweisbeschluß, soweit sie die Editionspflicht ausspricht, Zwischenurteil. Aus dieser Doppelnatur folgt: die Entscheidung über die Erheblichkeit bedarf keiner Gründe,

Digitized by Google

bindet aber auch das Gericht nicht; die Entscheidung über die Editionspflicht bedarf der Gründe und bindet das Gericht. [Vgl. Gaupp I S. 737, Kohler Forschungen S. 81.]

c) Der erschienene Gegner erklärt sich nicht auf den Editionsantrag. Folge der Unterlassung ist gemäß § 129, daß sowohl der Besitz der Urkunde als die Thatsachen, woraus die Editionspflicht hergeleitet wird (§ 389 Nr. 5), als unbestritten behandelt werden. α) Erachtet das Gericht die Thatsache, die durch die Urkunde erwiesen werden soll, für unerheblich, so ist zu verfahren, wie in dem ad bα erörterten Falle. β) Hält das Gericht aber die zu erweisende Thatsache für erheblich, so bedarf es, da als Versäumnisfolge nicht die Anerkenntnis des Editionsanspruchs, sondern nur die Fiktion des Zugeständnisses der zur Begründung vorgebrachten Thatsachen eintritt, noch der Entscheidung darüber, ob diese Thatsachen den Antrag begründen. Die Verneinung dieser Frage muß, wie im Falle ad bβ, entweder im End- oder durch Zwischenurteil ausgesprochen werden. Bei Bejahung der Frage ist die Vorlegung der Urkunde anzuordnen. Diese Anordnung hat die Doppelnatur eines Beweisbeschlusses und eines Zwischenurteils, wie im Falle ad bγ.

d) Der Gegner bestreitet, daß sich die Urkunde in seinem Besitze befinde. Von diesem Falle handelt der § 391. Näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 391.

Alle sub litt. a—e erwähnten vor dem Endurteile ergehenden Entscheidungen sind erst mit dem Endurteile anfechtbar. Niemals ist Beschwerde zulässig.

[Daß die Anordnung, die Urkunde vorzulegen, neben ihrer Eigenschaft als Zwischenurteil die eines Beweisbeschlusses habe, bestreitet v. Bülow N. 2 mit unstichhaltigen Gründen. Dagegen Wilm. Levy N. 1. Die Frage hat auch wegen § 339 und wegen GKG. § 18 (cf. GO. f. RA. § 13 Nr. 4) Bedeutung. Vgl. a. Mot. d. Entw. e. GKG. S. 51.]

2. Zu einem Versäumniszwischenurteile (§ 312) über die Editionspflicht kann es kommen, wenn nach einer mündlichen Verhandlung, worin der Editionsantrag gestellt und die Editionspflicht bestritten worden ist, ein Termin lediglich zur Verhandlung über den Editionsstreit bestimmt ist. Über dieses Versäumniszwischenurteil vgl. Bem. Nr. 3 zu § 312. Über dessen Bedeutung für die höhere Instanz s. Bem. Nr. 8 zu § 474.

§ 391.

Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten:

> **daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Überzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.**

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Änderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, Minderjährige und Verschwender finden die Vorschriften der §§ 434—436 entsprechende Anwendung.

Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid von dem Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 156, 157, 553.

1. Bestreitet der Gegner in der mündlichen Verhandlung, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so ist zu unterscheiden: a) Das Gericht hält die Thatsache, die durch

Digitized by Google

die Urkunde erwiesen werden soll, für unerheblich. Dann ist zu verfahren, wie in dem Falle ad bα der Bem. Nr. 1 zu § 390. b) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich, den Editionsantrag aber nicht für begründet. Dann ist zu verfahren wie in dem Falle ad bβ der Bem. Nr. 1 zu § 390. c) Das Gericht hält die Thatsache für erheblich und die Editionsverbindlichkeit im Falle des Besitzes für gegeben; dann ist durch Beweisbeschluß die Leistung des Editionseides anzuordnen. Die Anordnung der Eidesleistung durch Zwischenurteil ist nicht gestattet, weil das Gesetz ein durch Eid bedingtes Zwischenurteil im Zwischenstreite nicht kennt (arg. a contr. § 426 Abs. 2; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 426); auch paßt das Präjudiz des § 392 seiner Unbestimmtheit halber nicht zu einem bedingten Urteile. [Vgl. Wach Vortr. S. 91. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 390, Wilm. Levy N. 1 zu § 391, Gaupp I S. 738, Planck II S. 255, die zwar die Anordnung des Editionseides durch Beweisbeschluß, bei Bestrittensein der Editionspflicht aber die Notwendigkeit oder doch die Zulässigkeit eines Zwischenurteils über die Editionspflicht behaupten. Zur Zeit der Erlassung eines Beweisbeschlusses auf Editionseid könnte doch nur hypothetisch über die von der Thatsache des Besitzes abhängige Editionspflicht entschieden werden. Eine derartige hypothetische Entscheidung kommt dem Systeme des Gesetzes gemäß zur Zeit eines Beweisbeschlusses nicht zur Erscheinung, wenn sie auch unausgesprochenes Motiv bei dem Beweisbeschlusse ist.]

Die Anordnung des Editionseides kann erst mit dem Endurteile angefochten werden; es giebt keine Beschwerde dagegen.

2. Zur Anordnung des Editionseides bedarf es keines besonderen Antrags; das Verlangen des Eides steckt im Editionsantrage. — Darüber, daß der Gegner die Urkunde besitze, ist keine Beweisführung als durch den Editionseid zulässig [RG. 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 98 S. 395]. Die Anordnung des Editionseides ist nicht dadurch bedingt, daß der Besitz der Urkunde wahrscheinlich ist. Der Eid kann nicht durch den Beweis des Nichtbesitzes der Urkunde vermieden werden. Zurückschiebung ist unmöglich.

3. Die Norm des Eides enthält drei Negationen: die Negation des Besitzes in der Form des Überzeugungseides, die Negation der dolosen Besitzesaufgabe in der Form des Wahrheitseides und die Negation des Wissens, wo sich die Urkunde befindet (Ignoranzeid). Über Entstehung der Eidesnorm vgl. hann. Prot. VII S. 2491, XV S. 5771, hann. Entw. § 381, nordd. Prot. II S. 949 ff., nordd. Entw. § 597. Die Norm ist nicht starr und unabänderlich, sondern zu akkomodieren, wo sie nicht paßt. Weiß z. B. der Schwurpflichtige, daß er die Urkunde ohne Dolus vernichtet hat oder daß die Urkunde durch Zufall zu Grunde gegangen ist, dann passen die Schlußworte „daß er auch nicht wisse ꝛc." nicht und sind also wegzulassen.

4. Zu Abs. 3: Wegen Eidesleistung durch Streitgenossen s. Bem. Nr. 1 zu § 58 und die Bem. zu § 434. Wegen Eidesleistung durch gesetzliche Vertreter s. §§ 435 Abs. 1, 436. Wegen Eidesleistung durch Minderjährige und Verschwender s. § 435 Abs. 2.

5. Zu Abs. 4: Hiernach hat nicht der gesetzliche Vertreter der Behörde, sondern der mit der Verwahrung der Urkunde betraute Beamte (Archivar, Registrator ꝛc.) den Eid zu leisten. Sind mehrere solche Beamte da, so müssen alle schwören.

6. Wird der Editionseid geleistet, so ist erwiesen, daß der Gegner die Urkunde nicht besitzt; damit ist der Editionsantrag hinfällig. Den Editionsantrag in diesem Falle durch Zwischenurteil abzuweisen, wäre überflüssig. In den Gründen des Endurteils ist auszuführen, daß der Editionsantrag sich durch die Eidesleistung erledigte; hier sind die Konsequenzen daraus zu ziehen. — Der Eidesleistung gleich steht die Erlassung des Eides (§ 429). — Die Leistung und die Erlassung des Eides behalten ihre Wirksamkeit auch für die zweite Instanz (§ 495 Abs. 2). — § 428 Abs. 2 ist auch auf den Editionseid an-

Digitized by Google

wendbar; denn wenn auch vor der Eidesleistung Beweis auf anderem Wege ausgeschlossen war, so ist doch nachher die Restitutionsklage wegen Verletzung der Eidespflicht (§ 543 Nr. 1) gegen das auf der Eidesleistung beruhende, rechtskräftige Endurteil und folglich vor dem Urteile oder vor dessen Rechtskraft der Beweis des Gegenteils der beschworenen Thatsache zulässig. — Verfahren bei der Eidesleistung s. §§ 440—446.

§ 392.

Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen. Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.

Mot. S. 268, 269. KPr. S. 157, 158, 553.

1. Die Folge des Nichtvorlegens der Urkunde, deren Vorlegung angeordnet ist (§ 390), und der Weigerung des angeordneten Editionseides (§ 391) ist verschieden, je nachdem der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde vorgelegt hat oder nicht. Wurde eine Abschrift vorgelegt, so muß der Richter die Abschrift als richtig ansehen. Welchen Beweiswert der Inhalt hat, ist eine andere Frage. Ist keine Abschrift vorgelegt, so steht es in dem Ermessen des Richters, die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit der Urkunde (ob öffentliche oder Privaturkunde, unterschrieben, gesiegelt ꝛc.) und über deren Inhalt (§ 389 Nr. 3) als erwiesen anzunehmen; genötigt ist der Richter nicht zu dieser Annahme. Die Entwürfe enthielten für den Fall, daß keine Abschrift beigebracht ist, die Beweisregel, daß „die Thatsache als erwiesen anzusehen sei, die durch die Urkunde unmittelbar erwiesen werden soll". In der JK. d. RT. wurde diese Regel gestrichen und das Ermessen des Richters an die Stelle gesetzt. Man wollte die Übereinstimmung mit § 409 erreichen. Übrigens waltete dabei ein Mißverständnis. Man glaubte nämlich, daß die cit. Vorschrift des Entwurfs den Richter nötige, das thema probandum (§ 389 Nr. 2) als erwiesen anzunehmen, während sie doch nur die durch die Urkunde „unmittelbar" zu erweisende Thatsache, d. i. den Urkundeninhalt (§ 389 Nr. 3), unter die Beweisregel stellte. Die Verschiedenheit zwischen Entwurf und Gesetz besteht also nur darin, daß die zwingende Beweisregel über die Richtigkeit des behaupteten Urkundeninhalts beseitigt ist.

2. Die Versäumnisfolgen des § 392 können nur durch das bedingte oder unbedingte Endurteil oder durch ein Zwischenurteil über ein selbständiges, materiellrechtliches Angriffs- oder Verteidigungsmittel (Bem. Nr. 3 zu § 275) verwirklicht werden. — Die Versäumnisfolgen können nachträglich, auch noch in der zweiten Instanz durch Vorlegung der Urkunde beseitigt werden (nordd. Prot. S. 949, nordd. Entw. § 587). Dagegen kann der in der ersten Instanz verweigerte Editionseid nicht in der zweiten Instanz nachgeholt werden, weil die Eidesverweigerung für die zweite Instanz fortwirkt (§ 495 Abs. 2). — Eine Beweisführung der die Edition und den Editionseid verweigernden Partei zu dem Zwecke, um darzuthun, daß die vorgelegte Abschrift unrichtig oder daß die Behauptungen des Editionsklägers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde unwahr seien, ist weder in der ersten noch in der zweiten Instanz zulässig; denn Versäumnisfolgen können nicht durch Gegenbeweis entkräftet werden.

3. Erscheint der Schwurpflichtige nicht in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine, so findet § 430 Anwendung. Da der bei dem Prozeßgerichte angesetzte Schwurtermin auch

Digitized by Google

zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist und die Anordnung des Editionseides nicht ausschließt, daß bei Versäumnis eines Verhandlungstermins ein Urteil nach § 295 oder nach § 296 beantragt werde, so kann das Versäumniszwischenurteil, wodurch der Eid als verweigert erklärt wird, nur in Frage kommen, wenn zwar ein Bevollmächtigter des Schwurpflichtigen, aber nicht der Schwurpflichtige selbst, in dem Termine erschienen ist; in diesem Falle wird das Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 durch die Verhandlungsbereitschaft des Bevollmächtigten ausgeschlossen, während bezüglich der Eidesleistung Versäumnis vorliegen kann. In der Praxis wird das Versäumniszwischenurteil bezüglich des Editionseides selten vorkommen, weil der Bevollmächtigte des Schwurpflichtigen entweder die Eidesverweigerung erklären oder die Vertagung verlangen wird. Aber wenn weder die Weigerung erklärt, noch der Schwurtermin vertagt wird, dann ist das Versäumniszwischenurteil am Platze; sonst wären die beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen eintretenden Folgen (§ 392) nicht wieder gut zu machen. [Gegen die Anwendbarkeit des § 430: Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 740, Petersen (2) S. 616.]

4. Die nach § 390 ergangene Anordnung, die Urkunde vorzulegen, kann nicht nach §§ 769 ff. vollstreckt werden.

§ 393.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 558.

1. Die §§ 393—397 betreffen den Fall, daß die Urkunde, die eine Partei zur Beweisführung benutzen will, sich in den Händen eines Dritten befindet. Dritter ist jeder, gegen den kein Editionsantrag nach § 386 gestellt werden kann (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 386); auch der Nebenintervenient des Gegners, wenn er nicht nach § 66 als Streitgenosse gilt; ebenso der Streitgenosse und der Nebenintervenient des Beweisführers, sowie die nach §§ 72, 73, 236, 237 aus dem Prozesse ausgeschiedene Partei.

2. Ein Inzidentverfahren, um den Dritten zur Vorlegung zu nötigen, findet nicht statt. Der Dritte ist in einem gesonderten Prozesse zu belangen. Die Beweisantretung beschränkt sich daher auf den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen. Der Antrag kann von der Hauptpartei oder dem Nebenintervenienten, sowie von jedem Streitgenossen gestellt werden. Auf den Antrag des Nebenintervenienten findet Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 386 entsprechende Anwendung. Der Antrag ist im Verhandlungstermine zu stellen. Vorbereitung s. §§ 120, 121 Nr. 5, 123.

3. Im Urkundenprozesse ist diese Beweisantretung ausgeschlossen (§ 558 Abs. 3).

§ 394.

Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genötigt werden.

Mot. S. 267—270. KPr. S. 159, 558.

Litteratur: S. bei § 387. Besonders Apt a. a. O. S. 62 ff.

1. Der § 394 regelt die Editionspflicht dritter Personen nach denselben Grundsätzen, die für die Editionspflicht der Parteien gelten. Diese Regulierung kommt aber nur insoweit in Betracht, als in einem anhängigen Prozesse Beweis nach Maßgabe der §§ 393, 395 angetreten und durch Beschluß nach § 396 eine Frist zur Vorlegung der Urkunde bestimmt ist. Für einen Editionsprozeß, der nicht in der an-

Digitized by Google

gegebenen Weise mit einem anhängigen Prozesse zusammenhängt, sind nur die Bestimmungen des Civilrechts über Editionspflicht, nicht die der CPrO., maßgebend [RG. 30. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 122 S. 412 ff.].

2. Soweit hiernach die Bestimmungen der CPrO. auf die Editionspflicht eines Dritten (dazu vgl. Bem. Nr. 1 zu § 393) anwendbar sind, ergiebt sich, daß der Dritte zur Edition verpflichtet ist:

a) wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung von ihm verlangen kann (§ 387 Nr. 1);

b) wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Dritten gemeinschaftliche ist (§ 387 Nr. 2) [dagegen behauptet Goldschmidt Ztschr. f. d. g. HR. XXIX S. 358 f., daß die Gemeinschaftlichkeit im Verhältnisse zu einem Dritten kein Editionsgrund sei — in offenbarem Widerstreite mit dem Wortlaute des Gesetzes, dem Inhalte der Motive und der Entstehungsgeschichte der §§ 387, 394; vgl. hann. Prot. VII S. 2485 ff., 2519 ff., 2500 ff., XV S. 5763 ff., XVI S. 6459];

c) wenn ein Nebenintervenient, gegen den kein Editionsantrag nach § 386 gestellt werden kann (dazu vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 386), auf eine in seinem Gewahrsame befindliche Urkunde Bezug nahm (§ 388). [Vgl. Apt a. a. O. S. 66 ff.]

3. Die Klage ist bei dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichte zu erheben. In diesem Prozesse hat der Kläger seinen Anspruch zu begründen und den Besitz des Beklagten durch die gewöhnlichen Beweismittel zu beweisen. Der Editionseid kann nicht angeordnet werden. Das verurteilende Erkenntnis ist nach §§ 769, 780 ff. zu vollstrecken. Ist die Vorlegung nicht erreichbar, so kann auf Leistung des Interesses geklagt werden (§ 778).

§ 395.

Zur Begründung des nach § 393 zu stellenden Antrags hat der Beweisführer den Erfordernissen des § 389 Nr. 1—3, 5 zu genügen und außerdem glaubhaft zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befinde.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 553.

1. Zur Begründung des Antrags sind die gleichen Erfordernisse wie zu einem Editionsantrage gegen die Partei und außerdem noch die Glaubhaftmachung des Besitzes des Dritten nötig. Der Glaubhaftmachung bedarf es nicht, wenn der Gegner zugiebt, daß der Dritte sich im Besitze der Urkunde befindet.

2. Ein nicht ordnungsmäßiger Antrag ist durch Zwischenurteil oder im Endurteile abzuweisen.

§ 396.

Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich, und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so hat das Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termine zu bestimmen.

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe der Frist beantragen, wenn die Klage gegen den Dritten erledigt ist oder wenn der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert.

Mot. S. 269, 270. KPr. S. 159, 553.

1. Ist der Antrag ordnungsmäßig, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die durch die Urkunde zu erweisende Thatsache erheblich ist. Ist dies nicht der Fall, so ist

Digitized by Google

keine besondere Entscheidung zu erlassen; die Unerheblichkeit wird in den Entscheidungsgründen des Urteils ausgesprochen. Erachtet das Gericht die Thatsache für erheblich, so hat es durch Beweisbeschluß eine Frist zur Vorlegung der Urkunde zu bestimmen. Dagegen ist keine Beschwerde zulässig, weil mündliche Verhandlung erforderlich war. Aussetzung des Verfahrens im Sinne der §§ 223 ff. tritt während der Frist nicht ein.

2. Die Frist ist so zu bemessen, daß innerhalb der Frist die Editionsklage voraussichtlich durchgeführt werden kann. Wegen Verlängerung der Frist s. §§ 202, 203.

3. Schon vor Ablauf der Frist kann jede Partei den Gegner zur Verhandlung laden. Ladet der Gegner den Beweisführer, so ist zunächst über die prozessualische Frage zu verhandeln, ob das Verfahren zur Hauptsache fortzusetzen sei. Gründe zur Fortsetzung s. Abs. 2.

4. Nach Ablauf der Frist wird kein Verhandlungstermin von Amtswegen angesetzt. Der Antrag auf Terminsbestimmung und die Ladung fällt dem Parteibetriebe anheim (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. i vor § 191). In dem Termine kann eine neue Frist bewilligt werden. Sonst wird das Verfahren fortgesetzt. Ausgeschlossen ist die Benutzung der Urkunde auch durch den Fristablauf nicht. Bringt der Beweisführer die Urkunde vor dem Schlusse der Verhandlung bei, worauf das Urteil ergeht, so ist sie zu berücksichtigen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 321). Natürlich kann die Urkunde in der Berufungsinstanz benutzt werden.

§ 397.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde zu ersuchen.

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen imstande sind, keine Anwendung.

Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mitteilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf § 387 gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§ 393—396 Anwendung.

Mot. S. 270. Prot. S. 150, 160, 553.

1. Ist die öffentliche Behörde oder der öffentliche Beamte, in dessen Gewahrsam sich die vorzulegende Urkunde befindet, selbst Prozeßpartei oder Vertreter der Partei — z. B. des Fiskus — so finden die Vorschriften der §§ 386—392 Anwendung. § 397 betrifft den Fall, daß die Behörde oder der Beamte Dritter im Sinne des § 393 ist. Dann erfolgt der Beweisantritt durch den in mündlicher Verhandlung zu stellenden Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde anzugehen. Der Antrag muß den Vorschriften des § 255, nicht des § 395, entsprechen. Erachtet das Gericht die durch die Urkunde zu erweisende Thatsache für erheblich, so ordnet es durch Beweisbeschluß die Erlassung eines Ersuchungsschreibens an. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. Das Schreiben ist von Amtswegen zu expedieren. Es kann sogleich Termin zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt werden. Hat die ersuchte Behörde die Urkunde bis dahin eingesandt, so wird verhandelt; außerdem kann vertagt oder ein Antrag nach Abs. 3 gestellt werden. Ist kein Termin bestimmt worden, so wird nach Eintreffen der Urkunde oder der Antwort der Behörde Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht (arg. § 335 Abs. 2). — Befindet sich die Urkunde im

Digitized by Google

Gewahrsam des Prozeßgerichts, so bedarf es keines Ersuchungsschreibens; das Gericht kann die betreffenden Akten von kurzer Hand abhibieren.

2. Abs. 2 betrifft Urkunden, die nach reichs- oder landesgesetzlicher Vorschrift den Parteien ohne gerichtliche Mitwirkung verabfolgt werden, z. B. Notariatsurkunden, Auszüge aus Grund-, Hypotheken-, Lagerbüchern, aus Steuerkatastern, Urteilsausfertigungen, Abschriften von Prozeßakten (vgl. § 271) u. dgl. Vgl. dazu bay. AG. z. CPrO. Art. 3.

3. Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mitteilung der Urkunde, sei es, daß sie das Ersuchen ablehnt oder daß sie es nicht beantwortet, so kann der Antragsteller sich an die vorgesetzte Behörde wenden, wenn dies nach der Reichs- oder Landesgesetzgebung angeht. Auch kann er nunmehr einen Antrag nach §§ 393—395 stellen und die Editionsklage gegen die Behörde oder den Beamten erheben. Daß diese Klage vor den Gerichten zu erheben sei, ist in der CPrO. nicht bestimmt; Landesgesetze können daher die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde anordnen oder vorschreiben, daß vor der Betretung des Rechtswegs eine Verwaltungsbehörde angegangen werde.

4. GVG. § 169 bestimmt: „Die in einem Bundesstaate bestehenden Vorschriften über die Mitteilung von Akten einer öffentlichen Behörde an ein Gericht dieses Bundesstaates kommen auch dann zur Anwendung, wenn das ersuchende Gericht einem anderen Bundesstaate angehört."

5. Von Amtswegen kann das Gericht nicht beschließen, eine Behörde oder einen Beamten um die Mitteilung einer Urkunde zu ersuchen. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 134.

§ 398.

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 393, 397 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

Mot. S. 270. KPr. S. 160, 554.

Die Bemerkungen zu § 339 finden hierher entsprechende Anwendung. — Auch nach Zurückweisung der Beweisantretung kann die Urkunde benutzt werden, wenn sie vor dem Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, vorgelegt wird.

§ 399.

Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.

Mot. S. 270. KPr. S. 160, 554.

1. § 399 enthält eine Ausnahme von der Regel des § 320. Die Ausnahme kann bei Vorlegung durch den Beweisführer, den Gegner oder einen Dritten Platz greifen. Die Anregung kann von den Parteien oder dem Dritten ausgehen. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß nach mündlicher Verhandlung, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 320.

2. Erhebliche Hindernisse können z. B. bei Grundbüchern, Archivurkunden, auch bei Handelsbüchern vorhanden sein. Art. 39 samt dem Art. 79 Abs. 2 des HGB. ist auf-

Digitized by Google

gehoben (EG. § 13 Nr. 2). Die Vorlegung der Handelsbücher und des Mäklertagebuchs steht unter den Vorschriften der §§ 320, 399. Die in § 399 zugelassene Art der Vorlegung kann nicht bloß dann und muß nicht dann erlassen werden, wenn sich die Handelsbücher ꝛc. außerhalb des Gerichtsbezirks befinden.

3. Um dem Prozeßgerichte die Beurteilung des Beweismittels zu ermöglichen, muß der beauftragte oder ersuchte Richter die Vorlegung, die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde, soweit er als Beweismittel in Betracht kommt, durch Aufnahme in das Protokoll oder durch Anlage einer Abschrift zum Protokolle feststellen.

§ 400.

Eine öffentliche Urkunde kann in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen, daß der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

Mot. S. 270, 271. KPr. S. 160, 553.

1. Die gesetzlichen Beweisregeln der §§ 380—383 gelten zunächst nur für die Urschriften. Welche formelle und materielle Beweiskraft vorgelegten Abschriften zukomme, hat der Richter nach seinem freien Ermessen zu bestimmen. Die Freiheit des richterlichen Ermessens ist aber beschränkt durch folgende Regeln: a) Von öffentlichen Urkunden gefertigte Abschriften, deren Übereinstimmung mit der Urschrift von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form bezeugt ist (vgl. § 380), haben die gleiche gesetzliche Beweiskraft wie die Urschrift. b) Gegen die Richtigkeit des von der Behörde oder Urkundsperson abgegebenen Zeugnisses der Übereinstimmung mit der Urschrift kann der Gegner des Urkundenproduzenten Beweis führen (arg. § 383); aber das Gericht kann, auch ohne daß solcher Beweis angetreten oder geführt sein müßte, auf Antrag oder von Amtswegen [AM. v. Kries Ztschr. f. d. g. StrRW. VI S. 186 gegen die Mot.] anordnen, daß der Beweisführer entweder die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, die ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Die Anordnung erfolgt durch Beschluß, der nicht selbständig anfechtbar ist. c) Wird die Urschrift vorgelegt, so ist diese jetzt Beweismittel. Werden Thatsachen glaubhaft gemacht, die den Beweisführer an der Vorlage der Urschrift hindern (z. B. Untergang oder Unauffindbarkeit der Urschrift), so muß — und darin liegt die andere gesetzliche Beweisregel — das Gericht der beglaubigten Abschrift die nämliche Beweiskraft beilegen wie der Urschrift. Die Vorlegung der Urschrift kann nicht angeordnet werden, wenn die die Vorlegung der Urschrift hindernden Thatsachen bereits glaubhaft gemacht oder gerichtsbekannt sind. In diesem Falle muß der Abschrift die gesetzliche Beweiskraft der Urschrift beigelegt werden. d) Bleibt jene Anordnung erfolglos, so ist das Gericht von den gesetzlichen Beweisregeln über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden entbunden; es tritt freie Beweiswürdigung ein. [Vgl. Gaupp I S. 749. AM. v. Kries a. a. O. S. 188.]

Auf öffentlich beglaubigte Abschriften von beglaubigten Abschriften öffentlicher Urkunden finden die Beweisregeln des § 400 nicht Anwendung. Solche Abschriften unterliegen der freien Beweiswürdigung.

Digitized by Google

2. Alle nicht in § 400 genannten Abschriften, also die beglaubigten oder nicht beglaubigten Abschriften von Privaturkunden und die nicht öffentlich beglaubigten Abschriften von öffentlichen Urkunden, haben nicht die gesetzliche Beweiskraft der Urschrift. Die Frage, ob durch solche Abschrift bewiesen werden kann, daß die als Aussteller der Urschrift in Betracht kommende Person die betreffende Erklärung abgegeben hat, ist dem freien richterlichen Ermessen anheimgegeben. — Für in Archiven aufbewahrte Abschriften gilt nichts besonderes.

Das Exemplifikationsverfahren [Wetzell Syst. § 24 N. 98, Planck II S. 243] kennt die CPrO. nicht. Die Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde (§ 231) deckt das Bedürfnis, dem jenes Verfahren zu dienen bestimmt war, zum größten Teile.

3. Besondere Vorschriften über teilweise Vorlegung der Urkunde für den Fall, daß der Inhalt nur zum Teile relevant ist, sind „im Interesse der Vermeidung kasuistischer Bestimmungen" (Mot. S. 271) nicht aufgenommen. Für Teile von Urkunden gelten daher die Beweisregeln der §§ 380—383, 400.

§ 401.

Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.

Mot. S. 257. KPr. S. 160, 554.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 364. — Solange die Urkunde noch nicht in der mündlichen Verhandlung dem Prozeßgerichte oder im Falle des § 399 dem beauftragten oder ersuchten Richter vorgelegt ist, kann der Beweisführer ohne Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten. Nachher ist der Verzicht nur mit Zustimmung des Gegners möglich. Mitteilung der Urkunde im vorbereitenden Verfahren und Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei (§ 125) ist keine Vorlegung im Sinne des § 401. Natürlich kann der Gegner des Beweisführers, wenn dieser auf eine Urkunde verzichtet, Beweis durch dieselbe Urkunde antreten. Vgl. a. § 388.

§ 402.

Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich.

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

Mot. S. 271—278. KPr. S. 160, 554.

1. Voraussetzung der formellen und der materiellen Beweiskraft einer Urkunde ist die Echtheit (veritas oder bonitas instrumenti), d. i. die Thatsache, daß die Urkunde so, wie sie vorliegt, von demjenigen ausgestellt ist, von dem sie nach der Behauptung des Beweisführers ausgestellt sein soll. [Vgl. Planck. II S. 219.] Über den Echtheitsbeweis giebt das Gesetz in §§ 402—408 Vorschriften.

2. § 402 betrifft Urkunden, die nach Form und Inhalt als von einer inländischen öffentlichen Behörde oder Urkundsperson errichtet sich darstellen (§§ 380, 382, 383). Welche Form für die öffentliche Urkunde, ob Siegelung, Unterschrift des Beamten oder der Urkundsperson ꝛc., vorgeschrieben ist, bemißt sich nach den Reichs- oder Landesgesetzen. Nicht bloß die Form, sondern auch der Inhalt muß ersehen lassen, daß die Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson herrührt. Es kann die Form einer öffentlichen Urkunde vorhanden sein, während der Inhalt ersehen läßt, daß die Urkunde nicht von

Digitized by Google

einer Behörde oder Urkundsperson gefertigt ist. Dagegen ist die Anwendung des § 402 nicht durch die Zuständigkeit der Behörde oder Urkundsperson bedingt. — Durch RG. v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89) ist bestimmt, daß inländische öffentliche Urkunden zum Gebrauche im Inlande, d. i. innerhalb des Deutschen Reichs, keiner Beglaubigung (Legalisation) bedürfen. Über dieses Gesetz s. Hauser Ztschr. f. R. u. VR. IV S. 309 ff.

3. Die in Bem. Nr. 2 bezeichneten Urkunden haben die Vermutung der Echtheit für sich, d. h. wenn der Gegner des Beweisführers die Echtheit bestreitet, so hat nicht der Beweisführer die Echtheit, sondern der Gegner die Unechtheit zu erweisen. § 402 bestimmt nicht, daß der Richter die Echtheit der bezeichneten Urkunden wegen ihrer Öffentlichkeit als erwiesen annehmen müsse, sondern regelt nur die Beweislast. Diese Regelung führt allerdings in dem Falle, daß der Gegner den Beweis der Unechtheit nicht erbringt, praktisch zu dem gleichen Ergebnisse, wie wenn eine Beweisregel über das Erwiesensein der Echtheit aufgestellt wäre. Der Unterschied ist aber wegen § 411 von Bedeutung. Wäre die Beweisregel aufgestellt, daß der Richter die Echtheit als erwiesen annehmen müsse, so würde der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung gemäß § 411 ausgeschlossen sein. So aber ist die Eideszuschiebung zum Beweise der Unechtheit zulässig. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 411.

Zur Bestreitung der Echtheit bedarf es keines Diffessionseides.

4. Das Gericht kann auf Antrag und von Amtswegen die Behörde oder die Person, von der die öff. Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen, wenn es die Echtheit bezweifelt. Dies kann das Gericht, auch wenn die Echtheit noch nicht bestritten ist. Der Beschluß kann nur nach mündlicher Verhandlung erlassen werden; er ist nicht selbständig anfechtbar. Der Beschluß ist von Amtswegen auszuführen. Das Verfahren wird nicht ausgesetzt, aber die Verhandlung abgebrochen. Die Erklärung der Behörde kann von beiden Parteien benutzt werden.

§ 403.

Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.

Mot. S. 271—273. KPr. S. 160, 554.

1. Zu Abs. 1: Auf ausländische öffentliche Urkunden ist § 402 nicht anwendbar, weil „die äußeren Merkmale der Echtheit und die hierauf sich beziehenden Einrichtungen des Auslandes dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden" (Mot. S. 271). Doch kann das Gericht auch ausländische öffentliche Urkunden ohne näheren Nachweis als echt ansehen. — Urkunden, die von einer deutschen Behörde in den Schutzgebieten ausgestellt sind, fallen nicht unter § 403, da für sie die ratio legis nicht zutrifft.

2. Zu Abs. 2: Vgl. RG. v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89): „Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes aufgenommen oder ausgestellt sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs." [Über dieses Gesetz s. Hauser Ztschr. f. R. und VR. IV S. 309 ff.] Legalisation ist die Bezeugung der Echtheit. Die Legalisation einer ausländischen öffentlichen Urkunde durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs bewirkt, daß für die ausländische Urkunde die Vermutung der Echtheit gilt, wie nach § 402 für die inländische. Der Beweis der Un-

Digitized by Google

echtheit ist zulässig. Wegen der Beweiskraft der ausländischen öffentlichen Urkunde, deren Echtheit feststeht, s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

Wegen der Legalisation durch Konsuln s. § 14 des BG. v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) und § 12 Abs. 2 des RG. v. 1. Juli 1879 über Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197). Für die Legalisation durch den Gesandten eines Bundesstaates gilt § 403 Abs. 2 nicht [Hauser a. a. O. S. 314]; ob solche Legalisation zum Echtheitsbeweise genügt, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen.

3. Zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich-Ungarn bestehen Verträge wegen Beglaubigung der von öffentlichen Behörden ausgestellten und beglaubigten Urkunden v. 25. Februar 1880 (RGBl. 1881 S. 5) und 13. Juni 1881 (RGBl. S. 253); dazu die Bekanntmachungen v. 2. Febr. und 3. Aug. 1881 (RGBl. S. 8 u. S. 253 u. 255). Durch diese Verträge sind übrigens die deutschen Gerichte in der ihnen durch CPrO. § 403 Abs. 1 eingeräumten Freiheit des Ermessens nicht beschränkt.

§ 404.

Über die Echtheit einer Privaturkunde hat sich der Gegner des Beweisführers nach Vorschrift des § 129 zu erklären.

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

Mot. S. 271, 272. KPr. S. 160, 554.

1. In der Vorlegung einer nicht als Abschrift bezeichneten Urkunde liegt die Behauptung des Beweisführers, daß die Urkunde von der als Aussteller genannten Person herrühre, d. i. die Behauptung der Echtheit. Diese Behauptung kann der Gegner, wenn die Urkunde eine Privaturkunde (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 1 zu § 381) ist, durch Bestreiten beweisbedürftig machen. Eine Pflicht, sich über die Echtheit zu erklären, kann aus § 404 so wenig gefolgert werden, wie aus § 129 die Pflicht zur Erklärung über andere Thatsachen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 129). — Das Anerkenntnis der Urkunde ist ein gerichtliches Geständnis (§ 261) und hat die gleichen Wirkungen wie dieses; daher sind die Vorschriften der §§ 263, 494 entsprechend anzuwenden. Das als Folge des Nichtbestreitens eintretende sog. Anerkenntnis steht auf einer Stufe mit dem sog. fingierten Geständnis des § 129; die Bem. Nr. 3—5 zu § 129 gelten daher auch dafür. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 34 ff. AM. Wach Ztschr. f. Pr. u. d. R. VII S. 162 ff., Gaupp I S. 753; auch RG. 23. Okt. 1880 Entsch. I Nr. 120 S. 416 spricht von Erklärungspflicht.]

Außergerichtliches Anerkenntnis der Urkunde ist außergerichtliches Geständnis der Echtheit. Dazu gehört auch Anerkenntnis in einem vorbereitenden Schriftsatze. Ein solches Anerkenntnis hindert die Bestreitung der Echtheit nicht, sondern ist nur Beweisgrund. Vgl. Bem. Nr. 1 zu §§ 255, 256.

2. Wie ordnungsmäßiges Bestreiten erfolgt, s. Bem. Nr. 2 zu § 129. Soll die Urkunde nach Angabe des Beweisführers von dem Gegner selbst ausgestellt worden sein, so ist dessen Erklärung, nicht zu wissen, ob die Urkunde echt sei, nicht genügend; wohl aber wenn die Urkunde von einem Dritten herrühren soll, mag dieser auch ein Rechtsvorgänger oder Vertreter der Partei sein.

Nach Abs. 2 muß sich bei unterschriebenen Privaturkunden (über den Begriff der Unterschrift s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 381) die Bestreitung der Echtheit gegen die

Digitized by Google

Unterschrift richten, was mit § 405 Abs. 2 zusammenhängt. Das Bestreiten der Unterschrift genügt, um den Gegner zum Beweise der Echtheit zu nötigen. Ist die Urkunde nicht unterschrieben, so ist die Bestreitung gegen die Echtheit des Textes zu richten. Dieses gilt auch für die mit Handzeichen unterzeichneten Urkunden (vgl. nordd. Prot. S. 979).

Die gemeinrechtlichen Regeln über den Diffessionseid [s. Wetzell Syst. § 24 bei N. 84 ff.] sind beseitigt.

3. Im amtsgerichtlichen Verfahren ist die spezielle Aufforderung des Gerichts zur Erklärung über die Urkunde erforderlich (§ 468). — Wenn die Urkundenproduktion vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, wird die Bestreitungsbefugnis erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte, nicht schon mit dem Schlusse des Produktionstermins, ausgeschlossen. — In der Berufungsinstanz kann die in der ersten Instanz unterbliebene Bestreitung der Echtheit nachgeholt werden.

4. Die Folgen der unterbliebenen Erklärung (§ 404 Abs. 3) treten nicht ein im Eheprozesse (§ 577 Abs. 1), im Entmündigungsverfahren (§§ 611, 624, 626) und in betreff der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 zu § 261).

§ 405.

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

Mot. S. 271—273. KPr. S. 160, 554.

1. Wird die Echtheit einer Urkunde bestritten, so liegt ein Zwischenstreit vor, der entweder durch Zwischenurteil (s. Bem. Nr. 4 zu § 275) oder in den Entscheidungsgründen des Endurteils zu entscheiden ist. Über die Beweislast bei öffentlichen Urkunden s. §§ 402 und 403 nebst den Bemerkungen. Bei Privaturkunden hat der Produzent die Echtheit zu beweisen. Der Beweis der Echtheit kann durch alle Arten von Beweismitteln geführt werden, auch durch Eideszuschiebung, wenn sie nach § 410 zulässig ist. Der Eid kann auch darüber zugeschoben werden, daß die Urkunde nicht im Auftrage des Gegners von einem anderen ausgestellt wurde [RG. 20. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 429 ff.]. Zurückschiebung ist unter den Voraussetzungen der §§ 413, 414 gestattet. Die Auferlegung des Eides erfolgt nach § 426 Abs. 1. — Auch richterlicher Eid kann auferlegt werden; vgl. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 439.

2. Abs. 2 enthält eine Bestimmung über die Beweislast. Steht die Echtheit der Namensunterschrift (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 381) sei es durch Geständnis, sei es durch Beweisführung fest oder ist die Urkunde mit einem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen versehen, dann hat das, was über der Unterschrift oder dem Handzeichen steht (nicht was daneben steht, wie z. B. der Wechsel neben dem Accept), die Vermutung der Echtheit für sich, d. h. der Gegner des Produzenten hat den Beweis zu führen, daß der Text durch Mißbrauch eines Blanketts zustande gekommen oder gefälscht sei. Der Beweis kann durch alle Arten von Beweismitteln, auch durch Eideszuschiebung geführt werden. — Die Vermutung erstreckt sich nicht auf Durchstreichungen, radierte Stellen und Einschaltungen.

3. Die Motive erwähnen (S. 272) als „selbstverständlich, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Nachweises eines Mißbrauchs der Unterschrift — z. B. pr. ALR. I 13 § 113 — unberührt bleiben."

Digitized by Google

§ 406.

Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mitteilung in Gemäßheit der Bestimmung des § 397 zu beantragen und erforderlichenfalls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§ 386—391 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den im § 391 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines Dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken imstande sei, so finden die Vorschriften des § 396 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 272, 273. KPr. S. 160, 554. Vgl. StrPrO. § 93.

1. Die Schriftvergleichung (comparatio litterarum) besteht in der Vergleichung der bestrittenen Urkunde mit anderen von dem angeblichen Aussteller herrührenden Schriftstücken. Der Beweis durch Schriftvergleichung kann von dem Produzenten der Urkunde zum Zwecke des Nachweises der Echtheit wie auch von dessen Gegner zum Zwecke des Nachweises der Unechtheit unternommen werden. Der Gegner kann auch dann, wenn der Produzent sich der Zuschiebung des Eides zum Zwecke des Echtheitsbeweises bedient, den Beweis der Unechtheit durch Schriftvergleichung führen.

2. Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften im Besitze des Beweisführers, so geschieht die Beweisantretung durch deren Vorlegung. Befinden sich solche Schriften im Besitze einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so kann ein Antrag nach § 397 zur Herbeischaffung gestellt werden. Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften im Besitze des Gegners, so kann deren Herausgabe verlangt werden, wenn ein Editionsantrag aus § 387 oder § 388 zu begründen ist. Die Beweisantretung und das Editionsverfahren richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 386—391. Für den Fall des Ungehorsams gegen die nach § 390 erlassene Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen, sowie für den Fall der Verweigerung des Editionseides (§ 391) bestimmt § 406 Abs. 3, daß das Gericht den Echtheitsbeweis als geführt annehmen muß. Dieses Präjudiz steht nicht im Einklage mit dem Präjudize des § 392. In dem (dem § 392 entsprechenden) § 379 des Entwurfs stand ein Präjudiz, womit das des § 406 übereinstimmte (s. Bem. Nr. 1 zu § 392). Das Präjudiz des § 392 wurde in der JK. d. RT. abgeschwächt, ohne daß man den Abs. 3 des § 406 entsprechend änderte. Übrigens ist die Fassung des § 406 Abs. 3 mangelhaft. Sie deckt nicht den Fall, daß der Gegner des Produzenten zum Zwecke des Beweises der Unechtheit die Herausgabe eines Schriftstücks von dem Produzenten der Haupturkunde verlangt und dieser die Vorlegung oder den Editionseid verweigert. Hier kann nicht die Echtheit, sondern nur die Unechtheit der Haupturkunde als erwiesen gelten.

3. Der Abs. 4 behandelt den Fall, daß sich die zur Schriftvergleichung geeignete

Digitized by Google

Urkunde in den Händen eines Dritten befindet, entsprechend dem § 396. Die Verpflichtung des Dritten zur Vorlegung ist nach § 394 zu beurteilen.

4. Wird die Echtheit der zur Vergleichung vorgelegten oder beigeschafften Schriften bestritten [dazu vgl. RG. 25. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1103], so hat der Beweisführer diese Echtheit zu erweisen. Entspricht die zur Vergleichung herangezogene Urkunde dem § 402, so greift die Vermutung der Echtheit ein.

5. Der Aussteller der Urkunde kann, auch wenn er Partei ist, nicht angehalten werden, zum Zwecke der Herstellung eines Vergleichungsstücks eigenhändig etwas zu schreiben. In den Mot. S. 273 ist ausdrücklich bemerkt, daß man eine solche Prozedur nicht wolle, weil sie erfahrungsgemäß kein Ergebnis von praktischem Werte liefere.

§ 407.

Über das Ergebnis der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Überzeugung, geeignetenfalls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.

Mot. S. 273. KPr. S. 160, 554.

Das Gericht ist nicht verpflichtet, Sachverständige zur Schriftvergleichung beizuziehen, kann dies aber thun. Die Würdigung des Ergebnisses steht unter der Regel des § 259, was überflüssiger Weise hier besonders gesagt ist. Nach § 437 kann das Gericht zur Ergänzung oder zur Beseitigung eines unvollständigen Echtheits- oder Unechtheitsbeweises einen richterlichen Eid auferlegen.

§ 408.

Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

KPr. S. 160, 554.

1. Die Vorschrift des § 408 beugt der Veränderung oder Beseitigung der Urkunde vor. Die Paraphierung der Urkunde (vgl. Code de proc. art. 227) ist nicht vorgeschrieben. § 408 ist auch auf die von einem Dritten vorgelegte Urkunde anwendbar.

2. Die Auslieferung an eine andere Behörde während des Rechtsstreits kann „im Interesse der öffentlichen Ordnung" erforderlich sein zu strafrechtlicher Untersuchung (wegen der Aussetzungsbefugnis für diesen Fall s. § 140), zu einer Disziplinarunterſuchung, zu einer Berichtigung oder zur Einregistrierung ꝛc.

§ 409.

Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

Mot. S. 273, 274. KPr. S. 160, 554.

1. Ähnlich das gemeine Recht: l. 20 C. de prob. 4, 19; l. 2 § 1 D. de I. F. 49, 14. Vgl. Wetzell Syst. § 24 N. 99, Briegleb verm. Abhandl. I S. 96 ff.

2. Das Gericht kann die Behauptungen der Partei, die die beseitigte oder untauglich gemachte, z. B. zerrissene oder verschmierte, Urkunde zum Beweise hätte benutzen können, über die Beschaffenheit (ob öffentliche, ob Privaturkunde ꝛc.) und über den Inhalt der Urkunde als erwiesen annehmen, wenn feststeht, daß die Urkunde von der anderen Partei beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht wurde und daß dies in der Absicht geschah,

Digitized by Google

die Benutzung dem Gegner zu entziehen. Fahrlässige Beseitigung ꝛc. genügt nicht. Ob die Beseitigung ꝛc. vor dem Prozesse oder während des Prozesses geschah, ist einerlei. Ob sich auf Grund jener Annahme der Beweis der Thatsache ergiebt, die die Partei durch die Urkunde hat beweisen wollen, ist eine Frage für sich. Zur Ergänzung oder zur Beseitigung eines unvollständigen Beweises kann ein richterlicher Eid auferlegt werden.

3. Strafbestimmungen wegen Vernichtung ꝛc. von Urkunden s. StrGB. § 274 Nr. 1.

4. Bestimmungen des materiellen Rechts, wonach derjenige, der eine Urkunde dolos oder kulpos beseitigt, zerstört oder beschädigt, zur Leistung des Interesses verpflichtet ist — vgl. z. B. l. 6 § 4, l. 8, l. 10 § 3 D. de edendo 2, 13; l. 40—42 D. ad leg. Aquil. 9, 2; l. 27—32, l. 84 § 3 D. de furt. 47, 2; l. 4 C. ad exhib. 3, 42 — sind durch § 409 nicht beseitigt.

Zehnter Titel.
Beweis durch Eid.

Die §§ 410—436 handeln von dem zugeschobenen, die §§ 437—439 von dem richterlichen Eide.

Die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien ist in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Sie besteht in England, wo sie durch die County Court Act. 9 et 10 Vict. c. 95 für das Verfahren vor den County Courts eingeführt, durch Stat. 14 et 15 Vict. c. 99 auf einzelne vor den höheren Gerichtshöfen anhängig zu machende Prozesse ausgedehnt wurde, und in Österreich nach Gesetz v. 27. April 1873 für das Verfahren in Bagatellsachen. Der österr. Entw. v. 1893 §§ 385 ff. bringt diese Einrichtung allgemein in Vorschlag. Sie wurde befürwortet von Glaser ges. kleinere Schriften über Strafrecht ꝛc. II S. 449 ff., v. Bar Recht und Beweis S. 149 bis 161 und Gutachten zum 8. D. Jur.Tag I S. 13 ff., Kohler Prozeß als Rechtsverh. S. 23 Note u. S. 31, Kleinfeller in der zu § 410 cit. Abhandl. S. 315 ff. und Gutachten zum 22. D. Jur.Tag S. 87 ff., Petersen Sächs. Arch. IV S. 129 ff. — bekämpft von Schmitt in den Verh. d. 8. D. Jur.-Tags I S. 39 ff., Osterloh Gutachten ü. d. nordd. Entw. S. 117 ff., Wach Kr. VJSchr. XIV S. 365 ff. u. Vortr. S. 162 ff., v. Canstein Gutachten zum 22. D. Jur.Tag S. 1 ff., Bähr Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 94 ff., Trutter Schiedseid oder Parteienvernehmung? (München 1893). — Vgl. a. Verh. d. 8. D. Jur.Tags II S. 254—317, 326—329; nordd. Prot. II S. 996, 997; Begr. d. Entw. III S. 274, 275; KPr. S. 161—167; Komm.Ber. v. 19. Okt. 1876 S. 5 f.; v. Canstein die rationellen Grundlagen des Civ.Proz. S. 45 ff. v. Harrasowsky die Parteienvernehmung und der Parteieneid (Wien 1876).

§ 410.

Die Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

Mot. S. 274—277. KPr. S. 161—167, 554.

Litteratur: Staub JW. 1886 S. 131 ff., Bähr eod. S. 175 ff., Kleinfeller d. gesch. Entwicklung des Thatsacheneides in Deutschland, Berlin 1891; teilw. abgedr. in Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 227 ff., Stein das private Wissen des Richters S. 60 ff., Planck Lehrb. II §§ 124, 125. Rechtsphilosophische Betrachtungen über die Eidesdelation: Schuppe Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 233 ff.

1. Im Anschlusse an die Entwicklung des gemeinen und partikularen Rechts beschränkt die CPrO. die Eideszuschiebung auf Thatsachenbehauptungen. Unter Thatsachen

Digitized by Google

sachen sind die Vorgänge und Zustände zu verstehen, an die das Gesetz Rechtsfolgen anknüpft. Den Gegensatz zur Thatsachenbehauptung bildet die Rechtsbehauptung, d. i. die Behauptung, daß eine bestimmte Rechtsfolge eingetreten sei. Über Rechtsbehauptungen kann nach der CPrO. kein Eid zugeschoben werden. Sowohl nach dem römischen Rechte in der Auffassung der italienischen Juristen (mag diese auch quellenwidrig sein, was Demelius Schiedseid und Beweiseid im röm. CPr. ausführt), wie nach dem altgermanischen Rechte war der Rechtseid zulässig. Er erhielt sich auch trotz aller Anfechtungen lange in der deutschen Praxis neben dem Thatsacheneide, trat jedoch vor diesem mehr und mehr zurück infolge der sich verbreitenden Auffassung, daß der Eid ein Beweismittel, nicht ein Ersatz des richterlichen Urteils sei. [Vgl. darüber die sorgfältige Untersuchung von Kleinfeller a. a. O.] Dieser Entwicklung folgte die deutsche CPrO., indem sie in § 410 den Rechtseid ausschloß. Hiernach ist unzulässig z. B. der Eid über das Vorhandensein von Eigentum, Servitut, Pfandrecht, über das Bestehen einer Forderung oder über das Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses, einer Ehe oder eines Erbrechts ꝛc. Aus dem gleichen Grunde ist die Eideszuschiebung über Rechtsbegriffe unzulässig, indem durch deren Feststellung im Wege der Eideszuschiebung dem Richter ein Teil der juristischen Beurteilung entzogen würde; daher ist z. B. keine Eideszuschiebung über „Verschulden", über „Vollendung der Ersitzung", über das Vorhandensein eines „Verpflichtungswillens", über „bona fides" und „mala fides" zulässig; vielmehr sind diese Begriffe in ihre thatsächlichen Elemente aufzulösen, diese sind Gegenstand der Beweisführung und der Eideszuschiebung. Jedoch können gemeinverständliche Rechtsbegriffe, wie „Darlehen", „Kauf", „Pacht", etwa auch „Zahlungseinstellung" [vgl. RG. 7. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 111 S. 399; Bedenken dagegen s. Kleinfeller a. a. O. S. 300 N. 457] oder „Simulation", zur Bezeichnung von Thatsachen bei der Eideszuschiebung und in der Eidesnorm verwendet werden, wenn der Begriff den Beteiligten verständlich und nicht gerade das streitig ist, ob der Rechtsbegriff in dem gegebenen Falle zutreffe. Weil dies streitig war, erklärte das RG. 14. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 36 S. 181 den Eid über „vertragsmäßige Anerkennung" und 3. Dez. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 389 den Eid über eine „Vereinbarung" für unzulässig, ebenso das bay. ob. LG. den Eid über die „Gewerbsmäßigkeit eines Geschäftsbetriebs" SA. XLVII Nr. 239 und über ein „Schenkungsversprechen" Bl. f. RA. LIX S. 168.

Unter „Thatsachen" im Sinne des § 410 fallen nicht bloß sinnlich wahrnehmbare Vorgänge, sondern auch nach außen nicht wahrnehmbare Vorgänge in der Gehirnthätigkeit (sog. innere Thatsachen), die als Elemente juristischer Thatbestände in Betracht kommen. So kann z. B. das Wissen von bestimmten Dingen, das Vorhandensein einer bestimmten Absicht Gegenstand der Eideszuschiebung sein. [Vgl. Mot. S. 276, Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 761, Petersen (2) S. 633, Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 151 f., XXX S. 217, Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 97 ff., Planck Lehrb. II S. 302, Kleinfeller a. a. O. S. 303 ff., Ztschr. VI S. 256 ff., Bibel Bl. f. RA. LIX S. 401. Das RG. 7. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 111 S. 398 ließ die Eideszuschiebung über die Kenntnis von der Zahlungseinstellung eines andern zu; vgl. 4. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 126 S. 431 über die Kenntnis der Absicht eines andern, seine Gläubiger zu benachteiligen; vgl. 4. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1107 ff. über Kenntnis einer Urkundenfälschung; vgl. 20. Sept. 1888 Entsch. XXI Nr. 81 S. 402 ff. über Kenntnis des Eigentums eines andern; vgl. 10. Apr. 1889 SA. XLIV Nr. 229 über die Kenntnis von gewissen Vereinbarungen Dritter in Bezug auf eine Hypothek. Das bay. ob. LG. erklärte den Eid über Vorhandensein eines Willens für zulässig SA. XLIV Nr. 169, Bl. f. RA. LVIII S. 111. Abw. A. Förster N. 2, Rocholl Rechtsf. I S. 155, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1107 ff.]

Digitized by Google

Von der Thatsache des Wissens ist die Thatsache zu unterscheiden, die Gegenstand des Wissens sein soll. Ist z. B. behauptet, daß ein Dritter in der Absicht handelte, seine Gläubiger zu benachteiligen, und daß der Prozeßgegner dies wußte, so kann darüber, daß der Dritte in dieser Weise handelte, der Eid nicht zugeschoben werden, sondern nur über das Wissen des Prozeßgegners. [Vgl. RG. 7. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 111 S. 398 f., 4. Dez. 1881 III Nr. 126 S. 430 ff.]

Aus dem Thatsachenbegriffe, wie er im Vorstehenden entwickelt wurde, und aus der in § 416 enthaltenen Vorschrift, daß die Thatsache, worüber der Eid zugeschoben wird, bestimmt zu bezeichnen ist, folgt, daß die Thatsachen, worüber der Eid zugeschoben wird, möglichst genau und detailliert angegeben werden müssen, widrigenfalls die Eideszuschiebung nicht zulässig ist. Beispiele: Die Eideszuschiebung über Eintritt „besserer Vermögensverhältnisse" wurde für unzulässig erachtet vom OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 242. Ebenso die Eideszuschiebung „über den Erwerb aus eigenen Mitteln" im Sinne der KO. § 37 vom bay. ob. LG. SA. XLIII Nr. 71. Von dem gleichen Gesichtspunkte aus wurde die Zulässigkeit der Eideszuschiebung darüber, daß der Gegner die eheliche Treue oder die Verlöbnistreue nicht durch geschlechtlichen Verkehr mit anderen Personen verletzte, ohne nähere Bezeichnung der Umstände beanstandet vom bay. ob. LG. SA. XLV Nr. 190 und vom OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 240, XLVI Nr. 64, wogegen das RG. 21. März 1888 SA. XLIII Nr. 404 und 8. Dez. 1890 SA. XLVI Nr. 230 und das OLG. Frankfurt SA. XLV Nr. 55 eine solche Eideszuschiebung mit Recht zuließen. Eine Eideszuschiebung über Bedrohung des Erblassers ohne nähere Angaben erachtete das bay. ob. LG. SA. L Nr. 55 für unzulässig.

2. Der Eid kann nicht über alle, sondern nur über diejenigen Thatsachen zugeschoben werden, die der Gegner nach menschlicher Berechnung wissen kann. Das sind:

a) die eigenen Handlungen des Prozeßgegners und die Thatsachen, die er wahrgenommen hat (sog. facta propria),

b) die Handlungen seiner Rechtsvorgänger und Vertreter und die Thatsachen, die sie wahrgenommen haben (facta aliena).

Ad a: Unter Handlungen sind hier nicht bloß körperliche Bewegungen, wozu natürlich auch das Sprechen gehört, sondern auch die ohne äußerliche Bewegung sich vollziehende Sinnes- und Gehirnthätigkeit, das Sehen, Hören, Fühlen, Wissen (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2) zu verstehen. Eine Handlung ist Handlung des Gegners, wenn dieser als handelndes Subjekt in Betracht kommt. Steht keine Handlung des Gegners in Frage, so ist die Eideszuschiebung nur dann zulässig, wenn der Gegner die Thatsache nach menschlicher Berechnung wahrgenommen hat [vgl. RG. Entsch. VIII S. 173]. Ob dies der Fall ist, hat das Gericht nach den Umständen zu bemessen. Soweit zur Wahrnehmung besondere Fachkenntnisse oder Erfahrungen erforderlich sind, hängt die Zulässigkeit des Eides davon ab, ob der Gegner diese Kenntnisse oder Erfahrungen hat. Daher ist z. B. die Eideszuschiebung über das Vorhandensein gewisser Eigenschaften oder Mängel der gekauften Ware zulässig, wenn der Gegner die Fähigkeit hat, die Eigenschaften und die Mängel wahrzunehmen; ebenso die Eideszuschiebung über den Wert einer Sache oder die Größe eines Vermögens in einem früheren Zeitpunkte, wenn der Gegner imstande ist, den Wert der Sache oder die Vermögenshöhe zu schätzen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 Abs. 4, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 762, Planck II S. 306, Kleinfeller a. a. O. S. 294 u. 300 (Ztschr. XVI S. 246 u. 252), Stein a. a. O. S. 60, RG. 7. Okt. 1885 Entsch. VII Nr. 1 S. 2 ff., wo der Eid über Überladung und Mangel genügender Besatzung eines Schiffs, 12. Nov. 1884 XV Nr. 96 S. 336 ff., wo der Eid über den Wert eines Warenlagers und In-

Digitized by Google

ventars, 20. Dez. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 462, wo der Eid über das Vorhandensein von Hausschwamm, 13. Jan. 1894 SA. XLIX Nr. 315, wo der Eid über die Kenntnis des Flächeninhalts eines Grundstücks zugelassen ist; ferner bay. ob. LG. SA. XLV Nr. 53 u. 54, wo der Eid über die Höhe eines Vermögens zugelassen ist; RG. 14. Nov. 1887, wo Eid über die Höhe eines „steuerpflichtigen" Einkommens mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Beurteilung der Steuerpflicht für unzulässig erklärt wird.]

Ad b: **Rechtsvorgänger** ist derjenige, von welchem unmittelbar oder mittelbar das Recht oder die Pflicht des Delaten abgeleitet wird. Derjenige, von welchem ein neu geschaffenes Recht, z. B. vom Eigentümer ein Pfandrecht, abgeleitet wird (sog. konstitutive Succession), ist Rechtsvorgänger im Sinne des § 410 [vgl. RG. 24. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 96 S. 370]. Keine Rechtsnachfolge besteht zwischen dem Indossanten und dem Indossatar eines Wechsels [ROHG. 21. Juni 1878 Entsch. XXIV S. 3], es wäre denn das Indossament ein Nachindossament nach WO. Art. 16 Abs. 2 [ROHG. 2. Jan. und 30. Okt. 1877 Entsch. XXI S. 274, XXIII S. 352 f.] oder der Indossatar bloßer Mandatar des Indossanten [RG. 7. März 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1107]. Die Nachfolge in Recht oder Pflicht muß der Grund sein, aus dem die betreffende Thatsache für den Prozeß erheblich ist. Daher ist z. B. die Eideszuschiebung an den Erben über Handlungen des Erblassers nur zulässig, wenn jener in seiner Eigenschaft als Erbe klagt oder verklagt wird. Dagegen ist die Eideszuschiebung des Anfechtungsklägers an den Anfechtungsbeklagten über Handlungen des Schuldners, z. B. dessen fraudulöses Verhalten oder dessen Zahlungseinstellung, unzulässig [RG. Entsch. III Nr. 111 S. 399]; denn der Anfechtungsbeklagte haftet nicht als **Rechtsnachfolger** des Schuldners, sondern die Anfechtungsschuld ist in seiner Person entstanden. [Vgl. Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 728, A. Förster N. 3 Abs. 2. AM. Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 763 N. 14 im Anschlusse an RG. 24. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 96 S. 369 ff.]

Vertreter ist, wer kraft Gesetzes oder Amts, kraft einer Vollmacht oder Genehmigung für eine andere Person Rechtshandlungen mit der Wirkung vornimmt, daß die andere Person Dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet wird. Dazu gehört auch der geschäftsführende Gesellschafter im Verhältnis zu den anderen, geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Teilhabern der offenen Handelsgesellschaft [RG. 20. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1165]. Der Bote als Vertreter in der Abgabe der Willenserklärung gehört ebenfalls dazu. Kein Vertreter ist, wer als Kommissionär auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen Geschäfte abschließt; denn der Kommittent wird dem Dritten gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet. Hat jemand im eigenen Namen Geschäfte abgeschlossen und ein anderer seine Rechte oder Verbindlichkeiten übernommen, so liegt Rechtsnachfolge, nicht Vertretung vor. Kein Vertretungsverhältnis liegt vor, wenn jemand für unerlaubte Handlungen eines anderen haften muß, z. B. auf Grund des Haftpflichtgesetzes oder auf Grund der Rechtssätze über die Haftung der Wirte für Diebstähle ihrer Leute ꝛc. In den Motiven S. 277 heißt es zwar, unter Vertreter sei derjenige zu verstehen, für dessen Handlung die Partei hafte; aber das ist doch wohl nur eine ungenaue Ausdrucksweise. Daß die Verf. der Motive nicht einen von dem materiellen Rechte verschiedenen Begriff des Vertreters einstellen wollen, geht aus ihrer unmittelbar vorhergehenden Äußerung, daß der Begriff aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen sei, hervor. [Vgl. nordd. Prot. S. 1011, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 763 f., Planck II S. 307, RG. 10. März 1885 Entsch. XIII Nr. 91 S. 355 ff.] Die Eideszuschiebung über Handlungen des Vertreters wird dadurch, daß der Deferent selbst der Vertreter war, nicht ausgeschlossen [OLG. Dresden SA. XLV Nr. 104]. Auch über Handlungen des Vertreters

Digitized by Google

eines Rechtsvorgängers ist Eideszuschiebung zulässig [RG. 1. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 94 S. 343, OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 231]. — Die betreffende Handlung ꝛc. muß in Bezug auf das Vertreterverhältnis stehen. Es ist z. B. nicht zulässig, dem zur Volljährigkeit gelangten Mündel den Eid über eine Handlung des Vormundes zuzuschieben, die dieser nicht in seiner Eigenschaft als Vormund vornahm. — Das Vorhandensein des Vertreterverhältnisses muß von dem Deferenten, bei der Zurückschiebung von dem Referenten, bewiesen werden.

Indem die CPrO. die Zulässigkeit der Eideszuschiebung auf Thatsachen beschränkt, die in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsnachfolger oder Vertreter bestehen oder Gegenstand der Wahrnehmungen dieser Personen gewesen sind, weicht sie insofern von dem früheren gemeinen [Wetzell Syst. § 25 S. 263 ff.] und vom preuß. Prozeßrechte (AGO. I 10 §§ 252, 312, 313) ab, als nach diesen Rechten die Zuschiebung des Glaubens- oder Ignoranzeides allgemein über facta aliena gestattet war. [Vgl. RG. 9. Dez. 1882 Entsch. X Nr. 96 S. 324.]

3. Die Eideszuschiebung ist zulässig in jedem Stadium des Verfahrens bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht (§ 256), auch in der Berufungsinstanz (§ 493). Wegen des Verhältnisses der Eideszuschiebung zu anderen Beweismitteln und der sog. Gewissensvertretung s. § 418; wegen des Verhältnisses zum richterlichen Eide s. Bem. Nr. 1 zu § 437. Über die Berechtigung des Intervenienten zur Eideszuschiebung s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 64, Bem. Nr. 2 litt. d zu § 66; über die Eideszuschiebung an Nebenintervenienten s. § 418. — Der Streit über die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung ist ein Zwischenstreit; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 275.

4. Die Eideszuschiebung ist ausgeschlossen: a) wo das Gesetz die Glaubhaftmachung vorschreibt (§ 266); b) in Ehesachen (§ 568), soweit es sich um Thatsachen handelt, die die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen (§ 577 Abs. 2); c) in Entmündigungssachen (§§ 611 Abs. 2, 620, 624, 626); d) zum Beweise von Thatsachen, die die Restitutionsklage begründen (§ 544 Abs. 2); e) zur Beweisführung bezüglich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 zu § 261). Wo das Offizialprinzip eingreift, können die Parteien nicht die Macht haben, durch Zu- oder Zurückschiebung, Leistung, Erlaß, Verweigerung des Eides die Offizialprüfung abzuschneiden. [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 412, Gaupp I S. 764.]

Alle landesrechtlichen Beschränkungen der Eideszuschiebung sind aufgehoben (EG. § 14 Nr. 2). Wegen des Gegenbeweises durch Eid s. § 411 und EG. § 16 Nr. 1. Die Eideszuschiebung über strafbare oder unehrenhafte Handlungen ist zulässig. Auch einem wegen Meineides Bestraften kann der Eid zugeschoben werden.

§ 411.

Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.

Mot. S. 277, 278. KPr. S. 167, 554.

1. Ist eine Parteibehauptung durch andere Beweismittel vollständig erwiesen, so kommt die Eideszuschiebung nicht mehr in Betracht (§ 418 Abs. 2). Ebenso, wenn das Gegenteil erwiesen ist. Das Gegenteil einer Parteibehauptung kann erwiesen sein, weil der Richter auf Grund einer Beweisaufnahme oder auch bloß auf Grund des Inhalts der Verhandlungen [vgl. RG. 19. Juni 1886 Entsch. XVIII Nr. 33 S. 163] in freier Beweiswürdigung den Beweis des Gegenteils als erbracht annimmt oder weil er diesen Beweis nach einer gesetzlichen Beweisregel als erbracht annehmen muß. In beiden Fällen ist die Eideszuschiebung unzulässig. Es kann also direkter Gegenbeweis gegen Thatsachen, die

Digitized by Google

nach den Beweisregeln der §§ 150, 380, 383 als erwiesen anzunehmen sind, durch Eideszuschiebung nicht geführt werden [RG. 30. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 98 S. 374 f.]. Mit den gesetzlichen Beweisregeln sind die sog. Vermutungen nicht zu verwechseln. Jenes sind Bestimmungen über die Beweiswürdigung, dieses Bestimmungen über die Beweislast. Was nach gesetzlicher Bestimmung vermutet wird, ist nicht erwiesen, sondern braucht nicht erwiesen zu werden. Gegen Vermutungen ist also Beweis durch Eideszuschiebung zulässig; der § 411 hat darauf keinen Bezug. Für die Vermutungen des bürgerlichen Rechts ist das in EG. § 16 Nr. 1 ausdrücklich gesagt. Es gilt aber ebenso für die Vermutungen des Prozeßrechts (§§ 153, 402, 403, 405). Wegen Beweisführung durch Eid bei Widerruf des gerichtlichen Geständnisses s. Bem. Nr. 1 zu § 263.

2. Erst wenn das Gegenteil erwiesen, nicht schon, wenn das Gegenteil wahrscheinlich und folglich die Thatsache, worüber der Eid zugeschoben wird, unwahrscheinlich ist, ist die Eideszuschiebung unzulässig. Ohne die Feststellung, daß das Gegenteil erwiesen ist, darf das Gericht die Eideszuschiebung über eine erhebliche Thatsache nicht als chikanös zurückweisen. [Vgl. hann. Prot. VIII S. 2966 ff., XV S. 5812 ff., nordd. Prot. II S. 1026, RG. 2. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 122 S. 429.]

§ 412.

Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht.

Mot. S. 278. KPr. S. 147, 554.

1. Jeder Eid gilt als unter der Bedingung zugeschoben, daß den Zuschiebenden die Beweislast treffe, auch wenn diese Bedingung nicht ausdrücklich beigefügt wurde (Mot. S. 428). Daher ist die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei bedeutungslos. Schieben sich die Parteien wechselseitig den Eid bezüglich derselben Thatsache zu, so ist nur die Eideszuschiebung der Beweispflichtigen von Bedeutung.

2. Über die Beweislast wird erst im Urteile entschieden; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu §§ 255, 256. Die Eideserklärung kann aber nicht verschoben werden, bis über die Beweislast entschieden ist. Das Gericht hat vorbehaltlich der Entscheidung über die Eidespflicht den Delaten, nach Umständen also beide Parteien, zur eventuellen Erklärung über die Eideszuschiebung aufzufordern (§ 420). [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 766, Wach Vortr. S. 166 f. u. Arch. f. c. Pr. LXIV S. 220. AM. Struckm. Koch N. zu § 412.] Ist die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei wirkungslos, so ist die darauf abgegebene Eideserklärung gleichfalls wirkungslos, weil sie in Abhängigkeit von der Wirksamkeit der Zuschiebung steht. Aus dem gleichen Grunde kann die Verweigerung einer Erklärung auf die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei nicht die Folge der Eidesverweigerung (§§ 417 Abs. 2, 429 Abs. 2) nach sich ziehen [vgl. Gaupp I S. 766. AM. Wilm. Levy N. 1 u. Wach Vortr. S. 167] und selbst die Eidesleistung ist bedeutungslos, wenn sie auf Grund eines Beweisbeschlusses erfolgte und der Zuschiebende nicht beweispflichtig war [RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 81 S. 335].

§ 413.

Die Zurückschiebung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des § 410 die Zuschiebung desselben zulässig sein würde.

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.

Mot. S. 281. KPr. S. 167, 554.

Digitized by Google

1. Die Zurückschiebung des Eides setzt eine zulässige Zuschiebung (§§ 410, 411) voraus. Die Zurückschiebung eines Eides, dessen Zuschiebung nicht zulässig ist, ist ohne Wirkung.

2. Die Zurückschiebung ist zulässig, wenn die zu beschwörende positive oder negative Thatsache in einer Handlung des Gegners (Delaten), seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter besteht oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen ist. Die Bem. Nr. 2 zu § 410 findet hierher entsprechende Anwendung. Ergäbe sich danach die Zulässigkeit der Zurückschiebung, so kann die Zurückschiebung immer noch nach Abs. 2 des § 413 unzulässig sein, wenn die zu beschwörende Thatsache in einer eigenen Handlung des Zurückschiebenden bestand oder Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen ist, während diese Thatsache für den Gegner des Zurückschiebenden (den Deferenten, Relaten) als Handlung eines Rechtsvorgängers oder Vertreters oder als Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen in Betracht kommt. Der Umstand, daß der Delat den Eid in der Norm des § 424 Abs. 2 zu leisten hätte, macht die Zurückschiebung über ein für den Relaten als alienum erscheinendes factum nicht zulässig, und der Umstand, daß der Relat das für ihn als proprium erscheinende factum in der Norm des § 424 Abs. 2 zu beschwören hätte, schließt die Zurückschiebung nicht aus.

§ 414.

Der Eid kann nur der Partei, nicht einem Dritten zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Nebenintervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§ 66).

Mot. S. 281. KPr. S. 167, 554.

Litteratur: Thiele Arch. f. c. Pr. LXXXII S. 30 ff.

1. Der Eid kann weder dem Bevollmächtigten noch dem Beistande, noch dem Litisdenunziaten, noch einem Intervenienten, der nicht die Ausnahmestellung des § 66 hat, zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Schiebt ein Nebenintervenient in der Stellung des § 64 den Eid zu (s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 64), so kann der Eid nur der von ihm unterstützten Partei zurückgeschoben werden. Über Eideszuschiebung und Zurückschiebung im Falle des § 66 s. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 66.

2. Der Eid kann weder dem Rechtsvorgänger, noch dem früheren gesetzlichen Vertreter der Partei zu- oder zurückgeschoben werden. Wegen deren Vernehmung als Zeugen s. § 350 Nr. 4. — Über Eideszuschiebung an den jetzigen gesetzlichen Vertreter s. § 435.

§ 415.

Das Gericht kann anordnen, daß die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien in betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich auf Thatsachen bezieht.

KPr. S. 169, 170, 554, 688, 669.

Litteratur: G. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 177 ff., H. Meyer eod. XXXV S. 606 ff., P. Bach die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides an Dritte (Leipzig 1894).

1. § 415 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Die in der ersten Lesung beschlossene Fassung lautete: „Die in den §§ 397, 401, 402 (entsprechend den §§ 410, 413, 414 der CPrO.) enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides kommen nicht zur Anwendung, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind." Bei der zweiten Lesung wurde die jetzige Fassung beschlossen. Diese enthält gegen-

Digitized by Google

über der früheren zwei wesentliche Änderungen: erstens ist die Wirksamkeit einer Einigung der Parteien über einen nach den beschränkenden Vorschriften der §§ 410, 413, 414 nicht zulässigen Eid abhängig von der in das freie Ermessen des Gerichts gestellten Dispensation von jenen Beschränkungen; zweitens muß sich der zu leistende Eid auf Thatsachen im Sinne des § 410 beziehen. Daß die Thatsache für die Entscheidung des Prozesses nach Ansicht des Gerichts Ausschlag gebende Bedeutung haben muß, ergiebt sich daraus, daß auch die Anordnung dieses Eides Beweiserhebung ist; dem Gerichte kann keine Beweiserhebung über Thatsachen zugemutet werden, die nach seiner Ansicht für die Entscheidung unerheblich sind. — Das Gericht kann ohne Rücksicht auf die Einigung der Parteien einen richterlichen Eid auferlegen; denn der richterliche Eid ist der Eidesdelation gegenüber nicht subsidiär; vgl. Bem. Nr. 1, 5 zu § 437.

2. Die zulässigen Abweichungen von den Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 sind: a) Es kann die Leistung eines Eides zugelassen werden über Thatsachen, die weder in Handlungen des Schwurpflichtigen oder seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen noch Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Auf diesen Fall ist die Norm des § 424 Abs. 3 anwendbar. b) Es kann die Leistung eines Eides unter Umständen zugelassen werden, unter denen die Zurückschiebung des Eides durch § 413 Abs. 3 ausgeschlossen wäre. c) Es kann ein Dritter, dem nach § 414 der Eid nicht zu- oder zurückgeschoben werden könnte, z. B. ein Rechtsvorgänger, ein Nebenintervenient, der nicht die Stellung eines Streitgenossen (§ 66) hat, ein Bevollmächtiger ꝛc., zum Eide de veritate und de credulitate zugelassen werden. [Darüber vgl. Meyer a. a. O. S. 606 ff.] Daß der Dritte sich zum Eide bereit erklärte, ist nicht erforderlich. Es ist Sache der Parteien, ihn zum Erscheinen vor Gericht zu bestimmen; geladen kann er nicht werden. Leistet der Dritte den Eid, so kommt § 428, verweigert er den Eid, § 429 zur Anwendung. Erscheint der Dritte im Schwurtermine nicht, so ist der Eid als verweigert anzusehen und auf dieser Grundlage ein kontradiktorisches Endurteil gegen die Partei zu erlassen. Da dieser Fall im Gesetze nicht besonders vorgesehen ist, ist man auf die Meinung verfallen, es sei nach Analogie des § 430 ein Versäumniszwischenurteil gegen die Partei auf Feststellung der Eidesverweigerung zu erlassen [Struckm. Koch N. 5 zu § 430, Wilm. Levy N. 2, H. Meyer a. a. O. S. 615]; aber ein Versäumnisurteil gegen eine erschienene Partei wegen Ausbleibens eines Dritten wäre etwas so absonderliches, daß man sich nicht wohl dazu verstehen kann. Auch würde die Analogie des § 430 zunächst nur zu einem Versäumnisurteil gegen den Dritten führen, ein unmögliches Resultat! [Vgl. Gaupp I S. 769, Bach a. a. O. S. 58. Unhaltbar ist die Annahme von Fitting Lehrb. (7) S. 455, daß der Dritte als Zeuge zu behandeln sei. Planck II S. 299 will die Beweisanordnung als unausführbar wie beim Tode der schwurpflichtigen Partei (§ 433) behandeln. Das entspricht nicht der Vereinbarung, die die Entscheidung auf den Eid des Dritten abstellt.]

3. Die Einigung der Parteien muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte erklärt werden. Sie muß sich auf das Schwurthema und die Eidesnorm (§ 424) sowie darauf erstrecken, daß die Entscheidung auf den Eid abgestellt sein solle. [Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 180. Abw. Bach a. a. O S. 25.] Eine Einigung unter Vorbehalt, z. B. wenn nicht auf richterlichen Eid erkannt werde, genügt nicht [RG. 9. Dez. 1882 Entsch. X Nr. 96 S. 325]. Den Parteien braucht nicht zum Bewußtsein zu kommen, daß von den Vorschriften der § 410, 413, 414 abgewichen wird. [Vgl. v. Kries Rechtsmittel S. 180, Wach Vortr. S. 190. AM., wie es scheint, RG. 9. Dez. 1882 Entsch. X Nr. 96 S. 325.] Die gerichtliche Anordnung, wodurch von den Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 dispensiert wird, erfolgt in dem bedingten Urteile oder dem Beweisbeschlusse (§ 426), worin

Digitized by Google

der Eid zugelassen wird. Bevor das Gericht die Eidesleistung anordnete, ist die Einigung für die Parteien nicht bindend. Wird der Eid durch Beweisbeschluß zugelassen, so ist dieser für das Gericht nicht bindend; das Gericht kann ihn, z. B. auf Grund eines nachträglichen Beweisanerbietens, zurücknehmen; dann wäre zu neuer Anordnung eines vereinbarten Eides die wiederholte Einigung der Parteien nötig. Andererseits kann das Gericht durch späteres Beweisanerbieten nicht genötigt werden, den Widerruf zu gestatten; § 419 Abs. 2 ist hier nicht anwendbar. [AM. Hoffmann a. a. O. S. 189, der den Widerruf der Einigung ganz allgemein gestatten will.] Auch § 422 ist auf die Einigung nicht direkt anwendbar; doch wird das Gericht in einem solchen Falle den Beweisbeschluß zurücknehmen, wenn der Eid durch Beschluß auferlegt war; ist aber der vereinbarte Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so kann die Vereinbarung nur in entsprechender Anwendung des § 432 widerrufen werden. § 433 Abs. 1 ist auch auf den vereinbarten Eid anwendbar. Die Einigung bindet insofern auch für die höhere Instanz, als die Parteien, die sich über Leistung eines Eides geeinigt haben, nicht in der höheren Instanz dessen Unzulässigkeit geltend machen können, wenn die Eidesleistung auf Grund des § 415 angeordnet war.

4. Von dem in § 415 zugelassenen Eide zu unterscheiden ist der Eid, dessen Leistung als Bedingung eines Vergleichs vereinbart ist (Vergleichseid). Zur Auflage und Abnahme eines Vergleichseides ist das Gericht weder verpflichtet noch berechtigt. [Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 178, Gaupp I S. 770. AM. Bach a. a. O. S. 33.]

§ 416.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschoben werde.

Mot. S. 281. KPr. S. 167, 554.

1. Über den Begriff „Thatsache" s. Bem. Nr. 1 zu § 410; über die Notwendigkeit der bestimmten Bezeichnung (Substanzierung der Thatsachen) s. Bem. Nr. 1 Abs. 4 zu § 410. Der Zuschiebende braucht die Eidesnorm nicht zu entwerfen. Thut er dies, so kann das Gericht den Entwurf unter Festhaltung der Thatsache ändern.

2. Über die subsidiäre Natur der Eideszuschiebung im Verhältnis zu anderen Beweismitteln s. § 418 Abs. 2 nebst Bem. Nr. 2 litt. c und § 419 nebst den Bemerkungen.

§ 417.

Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschiebung vorbringt.

Giebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in welchem die Zurückschiebung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzunehmen, so wird der Eid als verweigert angesehen.

Mot. S. 281. KPr. S. 167—169, 554, 733, 735.

1. Die Eideserklärung ist keine Pflicht, sondern eine Befugnis der Partei; sie kann durch Unterlassung ausgeschlossen werden. [Vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 36 ff. AM. Wach Ztschr. f. Pr. u. d. R. VII S. 164 ff. Andere Litt. s. Bem. Nr. 1 zu § 129.]

2. Die Eideserklärung kann nur in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden. Eine in den Schriftsätzen enthaltene, in der Verhandlung nicht wiederholte Erklärung ist belanglos. Wegen Protokollierung s. §§ 270 Abs. 2 und 470.

3. Die Eideserklärung ist zulässig bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht (nordd. Prot. II S. 1028, Mot. S. 281), kann also bis zu diesem Zeitpunkte nachgeholt werden. Die Ausschließung tritt erst ein nach ausdrücklicher Aufforderung

Digitized by Google

(§ 420). Sie tritt ein, auch wenn der Delat die Erheblichkeit der Thatsache oder die Zulässigkeit der Zuschiebung bestritten hat. Der Delat hat kein Recht auf eine Vorentscheidung über die Erheblichkeit der Thatsache und die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung. Bringt er Einwendungen vor, so muß er sich bedingt erklären. Sind von dem Zuschiebenden oder dem Gegner andere Beweismittel in Bezug auf dieselbe Thatsache geltend gemacht worden, so kommen die Vorschriften des § 419 zur Anwendung. — Die Unterlassung der Eideserklärung ist zu unterscheiden von der positiven Erklärung, daß die Leistung des zugeschobenen Eides verweigert werde. Diese Erklärung ist unwiderruflich (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu § 419), während die unterlassene Erklärung bis zum Schlusse der Verhandlung nachgeholt werden kann.

4. Die Folge der Ausschließung der Eideserklärung ist dieselbe, wie bei Verweigerung des Eides (sog. poena recusati); es gilt das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen (§ 429 Abs. 2), wenn die Eideszuschiebung zulässig war. Diese Folge wird im Endurteile verwirklicht; sie kann, wenn ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel in Frage steht, durch Zwischenurteil (Bem. Nr. 3 zu § 275) festgestellt werden.

5. Die gleiche Folge wie bei Versäumung der Eideserklärung tritt ein, wenn der Delat unzulässiger Weise (§ 413) den Eid zurückschob, ohne ihn eventuell anzunehmen, die Zulässigkeit der Zuschiebung vorausgesetzt. — Übrigens kann, wenn die Zurückschiebung unzulässig ist, die Annahme immer noch bis zum Schlusse der Verhandlung sowie in der Berufungsinstanz erklärt werden; s. Bem. Nr. 3 Abs. 5 zu § 419. [Vgl. RG. 18. Febr. 1887 Entsch. XVII N. 106 S. 424.]

6. Wegen Fortdauer der Wirkung der Annahme, Zurückschiebung, Leistung, Verweigerung, Erlassung des Eides für die Berufungsinstanz s. § 495; wegen Nachholung der unterlassenen Eideserklärung in der Berufungsinstanz s. § 493.

7. Über die Anwendbarkeit der poena recusati in Ehesachen s. Bem. Nr. 2 zu § 577.

§ 418.

Durch die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

Mot. S. 279, 280. KPr. S. 167, 554, 689—693, 733, 735.

1. Daß der Eid über Thatsachen, zu deren Beweis oder zu deren Widerlegung vorher andere Beweismittel vorgebracht wurden, noch bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, zugeschoben werden kann, ergiebt sich aus § 256. Daß der Beweisführer gleichzeitig mit Zuschiebung des Eides und im Nachtrage dazu noch andere Beweismittel geltend machen, daß sich der Gegner zur Widerlegung der unter Eid gestellten Thatsache anderer Beweismittel bedienen kann, ohne die Befugnis zur Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu verlieren, endlich daß der zugeschobene Eid im Verhältnisse zu anderen Beweismitteln nur als subsidiäres Beweismittel in Betracht kommt, ist in § 418 bestimmt. In diesen drei Punkten schließt sich die CPrO. dem früheren gem. Rechte (vgl. Wetzell Syst. S. 286, 288 ff.) und der Mehrzahl der Partikularrechte (Nachweise s. Mot. S. 279) an. Abweichend hiervon versagte das sächs. Partikularrecht die Verbindung anderer Beweismittel mit der Eidesdelation (Nachweise s. Osterloh d. ord. bürg. Prozeß nach sächs. Rechte 41 II § 286 bei N. 2), gestattete dem Delaten, der

Digitized by Google

Gegenbeweis gegen die Behauptungen des Deferenten zu führen unternahm, die Annahme oder Zurückschiebung des Eides nicht und schloß in geringfügigen Rechtssachen die Gegenbeweisführung überhaupt aus (Nachweise s. bei Osterloh a. a. O. II § 264). Dem sächs. Recht folgte, dessen Bestimmungen noch verschärfend, der nordd. Entw. §§ 612, 613, 621, während die späteren Entwürfe zum gem. Rechte zurückkehrten. Legislativpolitische Erörterungen über die beiden Systeme s. Verh. des 8. Juristentags I S. 69 ff., II S. 280 ff., 329, Busch Arch. f. c. Pr. XLVIII S. 400 ff.

2. Einzelnes: a) Der Beweisführer (Deferent) kann gleichzeitig mit der Eideszuschiebung sowie auch nachträglich bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil (End-, Teil-, Zwischenurteil, bedingt oder unbedingt) ergeht, zum direkten oder indirekten Beweise der unter Eid gestellten Thatsache noch andere Beweismittel geltend machen. Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides schließt die nachträgliche Geltendmachung so wenig aus, wie ein Beweisbeschluß, wodurch die Eidesleistung angeordnet wurde. Erst nach Leistung des Eides greift die Beschränkung des § 428 Abs. 2 ein. [RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 81 S. 334.] Nach Erlassung oder Verweigerung des Eides können andere Beweise nicht mehr geltend gemacht werden.

b) Der Gegner des Beweisführers (der Delat) kann vor Abgabe der Eideserklärung sowie bei und nach Abgabe einer auf Annahme oder Zurückschiebung lautenden Eideserklärung bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil (End-, Teil-, Zwischenurteil, bedingt oder unbedingt) ergeht, zur direkten oder indirekten Widerlegung der unter Eid gestellten Thatsache andere Beweismittel geltend machen. Ein die Eidesleistung anordnender Beweisbeschluß schließt die nachträgliche Geltendmachung nicht aus. Nach Leistung des Eides greift die Beschränkung des § 428 Abs. 2 ein. Nach Erlassung oder Verweigerung des Eides können andere Beweismittel nicht mehr geltend gemacht werden. Die von dem Gegner des Beweisführers (dem Delaten) unternommene Gegenbeweisführung hieß man früher probatio pro exoneranda conscientia oder Gewissensvertretung [vgl. darüber insbesondere Muther die Gewissensvertretung]. Der Ausdruck Gewissensvertretung ist in der CPrO. vermieden; der Sache nach ist die gemeinrechtliche Gewissensvertretung in die CPrO. übergegangen [vgl. Bolgiano Ztschr. f. d. CPr. XI S. 241 ff.].

c) Sind von dem Beweisführer (Deferenten) zum Beweise oder vom Gegner (Delaten) zur Widerlegung der unter Eid gestellten Thatsache andere Beweismittel geltend gemacht worden, so kommt die Zuschiebung und folglich auch die Annahme oder Zurückschiebung des Eides nur für den Fall in Betracht, daß der Versuch, durch andere Beweismittel Beweis oder Gegenbeweis zu führen, erfolglos bleibt. Daher darf das Gericht keinen zu- oder zurückgeschobenen Eid auferlegen, bevor die anderen Beweismittel, sei es durch Aufnahme des Beweises, sei es in anderer Weise, z. B. durch Verzicht, durch Wegfall der Beweismittel, durch Fristablauf nach § 321 oder durch Zurückweisung gemäß § 331, erledigt sind. Damit hängen die Vorschriften des § 419 zusammen, worüber in den Bemerkungen zu diesem § das Nähere ausgeführt ist. — Weil die Eideszuschiebung erst nach der Erledigung der anderen Beweismittel in Betracht kommt, ist die Zulässigkeit der Zuschiebung nach diesem Zeitpunkte zu beurteilen. Es kann sich insbesondere aus § 411 ergeben, daß die Zuschiebung in diesem Zeitpunkte nicht mehr zulässig ist, während sie früher zulässig war.

Die Eideszuschiebung ist auch im Verhältnisse zum richterlichen Eide subsidiär; sie wird gegenstandslos, wenn das Gericht einen richterlichen Eid auferlegt; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 437.

Digitized by Google

3. Die in Bem. Nr. 2 entwickelten Sätze gelten auch für das Verfahren vor dem Berufungsgericht; vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 491.

§ 419.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist.

Sind andere Beweise aufgenommen, so kann die vorher abgegebene Erklärung wiederrufen werden.

Mot. S. 281, 282. Prot. S. 167—169, 554, 690—693, 733, 735.

1. Der Entwurf enthielt als Abs. 3 zu § 404 (jetzt 417) die Vorschrift:

„Ist der Eid nur für den Fall zugeschoben oder als zugeschoben zu erachten, daß die Aufnahme anderer Beweismittel erfolglos bleiben werde, so ist die Erklärung über die Eideszuschiebung spätestens in dem Termine abzugeben, in welchem über das Ergebnis der anderen Beweise verhandelt wird."

Bei der ersten Lesung in der K. d. R. wurde dieser Absatz dahin abgeändert:

— „so ist die Partei nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschiebung früher zu erklären, als bis diese nach Aufnahme der anderen Beweismittel wiederholt ist."

Aus der Debatte geht hervor: Erstens sollte durch die Änderung erreicht werden, daß die Erklärung über den Eid nicht, wie es nach dem Entwurfe scheinen konnte, unbedingt und in allen Fällen schon in dem Termine abzugeben sei, worin über das Ergebnis der anderen Beweisaufnahme verhandelt wurde. Man wollte die Möglichkeit eröffnen, einen neuen Termin zur Erklärung anzuberaumen, was in dem Entwurfe durch das Wort „spätestens" als ausgeschlossen erscheinen konnte. Zweitens sollte klar gestellt werden, daß der Delat über einen vor der Beendigung anderer Beweisaufnahme eventuell zugeschobenen Eid sich nicht eher zu äußern brauche, als bis der Eid definitiv zugeschoben sei. In beiden Beziehungen wurde die Änderung von Seite der Regierungskommissarien als nicht nötig bezeichnet, weil das, was erreicht werden wolle, schon im Entwurfe gelegen sei. Auf Grund jenes Beschlusses wurde jedoch in der Red.Komm. der jetzige § 419 redigiert. Die Worte „oder sonstiger Erledigung" sind von der Red.Komm. eingefügt mit Rücksicht auf Fälle, in denen sich geltend gemachte Beweismittel in anderer Weise als durch Aufnahme, z. B. durch Verzicht, Wegfall des Beweismittels (Tod des Zeugen ꝛc.), Fristablauf (§ 321), Zurückweisung (§ 331) erledigen.

2. In allen Fällen, in denen vom Beweisführer (Deferenten) zum direkten oder indirekten Beweise oder vom Gegner (Delaten) zur direkten oder indirekten Widerlegung derselben Thatsache, worüber der Eid zugeschoben ist, andere Beweismittel geltend gemacht wurden, braucht sich der Gegner über die Eideszuschiebung nicht früher zu erklären, als bis die Eideszuschiebung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt worden ist und die Folge der Versäumung der Eideserklärung (§ 417 Abs. 2) tritt nur ein, wenn die Zuschiebung wiederholt wird. Um den Gegner zur Eideserklärung zu veranlassen, muß daher der Beweisführer die Zuschiebung wiederholen [RG. 8. Nov. 1882 SA. XXXIX Nr. 59, 10. Dez. 1891 Entsch. XXIX Nr. 84 S. 334]. Der Vorsitzende hat den Beweisführer, der früher den Eid zugeschoben hatte, nach Erledigung der anderen Beweismittel gemäß § 130 zu fragen, wie er es mit der Eideszuschiebung halten wolle [RG. Entsch. XXIX Nr. 84 S. 334].

Diese Sätze gelten nicht bloß dann, wenn die Eideszuschiebung in einem früheren

Digitized by Google

Verhandlungstermine, sondern auch wenn sie in demselben Termine vor Erledigung der anderen Beweismittel erfolgte.

3. Der Gegner des Beweisführers (der Delat) braucht die Erklärung über den zugeschobenen Eid nicht früher abzugeben, als bis die Zuschiebung nach Erledigung der anderen auf dieselbe Thatsache bezüglichen Beweismittel wiederholt wurde; aber er *kann* sich bereits vorher über den Eid erklären, und wenn er dies gethan hat, ist die Wiederholung der Eideszuschiebung nicht nötig [vgl. RG. 29. Jan. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1229 und Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 221].

Hat der Gegner des Beweisführers (der Delat) vor Erledigung der anderen Beweismittel eine Eideserklärung abgegeben, so kann er sie widerrufen, wenn in Bezug auf die unter Eid gestellte Thatsache auf seinen oder auf des Gegners Antrag andere Beweise aufgenommen wurden. Sind andere Beweismittel geltend gemacht, aber nicht aufgenommen worden, sei es daß das Gericht die Beweisaufnahme ablehnt oder daß sie unmöglich wird, aber daß der Beweisführer darauf verzichtet, so steht dem Delaten jene Befugnis nicht zu. Ebensowenig steht ihm jene Befugnis zu, wenn zunächst über andere Thatsachen andere Beweise aufgenommen wurden. Andererseits ist der Widerruf der früheren Eideserklärung nicht davon abhängig, daß die andere Beweisaufnahme ein Beweisergebnis geliefert hat. Sonach kann der Delat dadurch, daß er eine ergebnislose Beweisaufnahme herbeiführt, seine Eideserklärung widerruflich machen.

Der Widerruf aus § 419 Abs. 2 ist nur möglich, solange über den betreffenden Prozeßstoff noch kein Urteil (End-, Zwischen-, Teilurteil, bedingt oder unbedingt) erlassen ist.

Auf den Fall, daß positiv die Verweigerung einer Eidesleistung erklärt wurde (vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 417) bezieht sich der § 419 Abs. 2 nicht; diese Erklärung ist unwiderruflich.

Für den Fall, daß ein Eid *unzulässigerweise* zurückgeschoben wurde, hat der § 419 Abs. 2 keine Bedeutung; denn die unzulässige Zurückschiebung ohne bedingte Annahme des Eides hat nach § 417 Abs. 2 keine stärkere Wirkung, als wenn gar keine Erklärung abgegeben wurde; es kann daher bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, und auch in der Berufungsinstanz die Annahmeerklärung nachgeholt werden, ohne daß die Voraussetzungen des § 419 Abs. 2 vorhanden zu sein brauchen; s. Bem. Nr. 5 zu § 417.

4. § 419 gilt auch für die Berufungsinstanz; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 491.

§ 420.

Wegen unterbliebener Erklärung auf eine Eideszuschiebung kann der Eid nur dann als verweigert angesehen werden, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über den Eid aufgefordert ist.

KPr. E. 169, 170, 554, 733, 735.

Der von der JK. d. RT. eingefügte § 420 verhindert, daß eine Partei aus Versehen die Erklärung über die Eideszuschiebung unterläßt und das Präjudiz des § 421 verwirkt. Daß die Aufforderung zu Protokoll festgestellt werde, ist nicht notwendig. Es genügt die Feststellung im Thatbestande.

§ 421.

Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als von dem Beweisführer angenommen.

Mot. E. 282. KPr. E. 170, 554, 733, 736.

Digitized by Google

1. Der Beweisführer (Deferent, Relat) kann Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zurückschiebung des Eides vorbringen, er kann auch erklären, daß er den zurückgeschobenen Eid annehme; aber er braucht sich auf die Zurückschiebung nicht zu erklären; es ist vielmehr anzunehmen, daß in der Zuschiebung die Annahme des zurückgeschobenen Eides enthalten sei. So auch nach dem früheren gem. Prozeßrechte; anders die preuß. AGO. I 10 § 296 und die württ. PrO. Art. 580.

2. Erklärt der Beweisführer schon vor der Auferlegung des zurückgeschobenen Eides, daß er den Eid überhaupt nicht oder nicht als Wahrheitseid, als welcher ihm der Eid zulässigerweise zurückgeschoben ist, sondern nur als Überzeugungseid leisten werde, so liegt zwar keine Eidesweigerung im Sinne der §§ 417 Abs. 2, 429 Abs. 2 vor und das Gericht ist daher trotz solcher Erklärung in der Lage, auf den zurückgeschobenen Eid zu erkennen; aber das Gericht kann auch vermöge der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung (§ 259) eine solche Erklärung zu Ungunsten des Beweisführers verwerten und zu der Überzeugung gelangen, daß die Behauptung des Beweisführers nicht wahr sei.

§ 422.

Die Zurückschiebung des Eides kann außer dem Falle des § 419 Abs. 2 widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurteilung Kenntnis erlangt habe.

§ 423.

Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides kann außer den Fällen des § 419 Abs. 2 und des § 422 nicht widerrufen werden.

Mot. S. 282. KPr. S. 170, 151, 554, 689—693, 733, 736.

1. In den Entwürfen war auch die Zuschiebung des Eides nach erfolgter Annahme oder Zurückschiebung, abgesehen von den Ausnahmefällen des jetzigen § 422, als nicht widerruflich behandelt. Die Unwiderruflichkeit der Zuschiebung paßte nicht zu der in § 418 ausgesprochenen Subsidiarität des Haupteides. Der Zuschiebende kann nach der Annahme oder der Zurückschiebung des Eides, selbst nach Beweisbeschluß auf Eidesleistung, bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht und nachher noch in der Berufungsinstanz [vgl. Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 29 ff.] andere Beweismittel geltend machen, natürlich immer nur, solange der Eid noch nicht geschworen ist; er kann auf diese Weise seine Zuschiebung zurückziehen, ohne daß es förmlichen Widerrufs bedarf. Macht der Zuschiebende, den die Beweislast trifft, keine anderen Beweismittel geltend, so enthält der Widerruf der Zuschiebung den Verzicht auf den Beweis der betreffenden Thatsache; dieser Verzicht ist jederzeit möglich.

2. Wegen des Widerrufs unzulässiger Zurückschiebung s. Bem. Nr. 3 Abs. 5 zu § 419.

3. Die Verurteilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht macht die Zurückschiebung nicht von selbst ungültig, sondern nur widerruflich. Folgen des Widerrufs s. § 433 Abs. 2. Der Widerruf muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte erfolgen. Übrigens betrifft § 422 nur das Prozeßstadium vor Erlassung des Eidesurteils. Wegen des Widerrufs nach Erlassung eines Urteils s. § 432. — Nach Leistung des Eides ist kein Widerruf mehr möglich. Restitutionsklage wegen Verletzung der Eidespflicht s. § 543 Nr. 1.

Zu „wissentliche Verletzung der Eidespflicht" bemerken die Motive:

Digitized by Google

„Der Ausdruck hat in Ermangelung eines besseren sowohl hier, wie an anderen Stellen des Gesetzes, §§ 428, 433, 439, 543 Nr. 1 und 3, gewählt werden müssen; der Ausdruck „Meineid" würde mit Rücksicht auf die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs (§§ 153—163) zu Zweifeln Veranlassung geben können, da nach Maßgabe dieser Vorschriften der Ausdruck „Meineid" in einem weiteren und in einem engeren Sinne verstanden werden kann, je nachdem er die Fälle des wissentlich falschen Eides und der wissentlich falschen Versicherung an Eidesstatt (§§ 153—158), des falschen Eides (§ 160) und des aus Fahrlässigkeit falsch geleisteten Eides (§ 163) sämtlich oder nur einzelne derselben umfaßt."

Der Ausdruck umfaßt hiernach die Fälle der §§ 153—158 des StrGB., aber auch den in den Mot. nicht erwähnten Fall des § 162 des StrGB., da es sich auch dabei um wissentliche Verletzung der Eidespflicht handelt. Dagegen gehören die Fälle der §§ 160, 163 und wohl auch des § 159 des StrGB. nicht dazu, weil dabei keine Verletzung der Eidespflicht vorliegt. [Abweichende Ansichten: Struckm. Koch N. 1 zu § 422 und Endemann II S. 326 betrachten die Fälle der §§ 153—159, 162, Wilm. Levy N. 1 und Fitting § 72 N. 31 die Fälle der §§ 153—160, 162, Gaupp I S. 776 nur die Fälle der §§ 153—158 des StrGB. als wissentliche Verletzung der Eidespflicht.]

4. Die Unwiderruflichkeit der Annahme oder der Zurückschiebung eines Eides dauert fort für die Berufungsinstanz; s. § 495 nebst den Bemerkungen.

§ 424.

Über eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht, oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemutet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Über andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

Mot. S. 283, 284. KPr. S. 177—179, 554, 733, 736.

1. § 424 enthält dreierlei Eidesnormen. Die Normen in Abs. 1 und 2 sind bestimmt für Eide über Thatsachen, die in eigenen Handlungen des Schwurpflichtigen (Delaten oder Relaten) bestehen oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sein müssen (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 410), die Norm in Abs. 3 für diejenigen Thatsachen, welche in Handlungen des Rechtsvorgängers oder Vertreters des Schwurpflichtigen bestehen oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sein müssen (vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 410).

2. Zu Abs. 1: Die regelmäßige Eidesnorm für sog. facta propria (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 410) des Schwurpflichtigen ist der Wahrheitseid (iuramentum de veritate). Der Delat hat die Unwahrheit, der Deferent im Relationsfalle die Wahrheit der behaupteten Thatsache zu beschwören.

Digitized by Google

3. Zu Abs. 2: Ausnahmsweise kann das Gericht über facta propria des Schwurpflichtigen den Überzeugungseid (iuramentum de credulitate) in der Norm des Abs. 2 zulassen. Voraussetzungen sind: a) Antrag des Schwurpflichtigen. Der Antrag muß in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte gestellt werden, ehe das Eidesurteil erlassen ist. Nachdem Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet ist, kann der Antrag noch gestellt werden, weil der Beweisbeschluß abänderlich ist. b) Die betreffende Thatsache muß von dem Gegner des Schwurpflichtigen behauptet worden sein. Hat der Schwurpflichtige selbst die betreffende Thatsache behauptet, so muß er den Wahrheitseid (Abs. 1) leisten. Es ergiebt sich daraus, daß die Norm des Abs. 2 nie im Falle der Zurückschiebung zur Anwendung kommen kann. Daher ist die Fassung des Abs. 2 unrichtig. Die Worte „wahr oder" gehören nicht hinein. Der Eid kann nur auferlegt werden über das Überzeugtsein, daß die vom Gegner behauptete Thatsache nicht wahr oder, was auf dasselbe hinausläuft, daß das Gegenteil dieser Thatsache wahr sei. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 435 f., Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 339 f., Eck in v. Holtzendorffs Rechtsl. I S. 613, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 74. AM. Bolgiano Ztschr. f. CPr. V S. 196 ff.] c) Die Umstände müssen so liegen, daß dem Schwurpflichtigen der Wahrheitseid nicht zugemutet werden kann. Die Motive führen als Beispiele an, daß die zum Eide gestellte Handlung oder Wahrnehmung des Delaten einer entfernten Zeit angehört oder eine Thatsache betrifft, deren Erheblichkeit nicht vorauszusehen war. Bei solchen Umständen mag die Partei zwar von der Unrichtigkeit der Behauptung des Gegners überzeugt sein, gleichwohl aber Bedenken tragen, die Unrichtigkeit der Thatsache, die ihrem Gedächtnisse entschwunden und für sie gleichsam zu einer fremden geworden ist, zu beschwören. Auch wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, muß das Gericht nicht dem Antrage stattgeben, sondern hat immer noch Freiheit des Ermessens.

4. Zu Abs. 3: Diese Norm des Überzeugungseides (iuramentum de credulitate) ist für den Schwurpflichtigen günstiger, als die des Abs. 2. Man kann die Überzeugung nicht erlangt haben, daß eine Thatsache wahr sei, ohne überzeugt zu sein, daß die Thatsache nicht wahr ist. Zur Anwendung des Abs. 3 bedarf es keines Antrags. Ob der Schwurpflichtige oder sein Gegner die Thatsache behauptet hat, ist einerlei. Der Delat hat zu schwören: „daß er die Überzeugung nicht erlangt habe"; der Deferent im Relationsfalle: „daß er die Überzeugung erlangt habe". [Vgl. Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 412.]

§ 425.

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurteil zu erkennen. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils.

Mot. S. 282, 283. KPr. S. 173—177, 554, 733—736.

1. Litteratur: Vgl. Boas, das Verf. bei bedingtem Endurteile, Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 563 ff.

2. Abs. 1 enthält die Regel, daß auf die Leistung eines zu- oder zurückgeschobenen Eides durch bedingtes Endurteil, wozu auch ein Teilurteil gehört, zu erkennen ist. Über die Form des bedingten Urteils s. § 427. — Die Regel des § 425 erleidet die in § 426 und die in § 558 Abs. 4 für den Urkunden- und Wechselprozeß vorgesehenen Ausnahmen; auch in einem Verfahren, in dem gar keine Urteile vorkommen, z. B. in Beschwerdesachen oder in dem Verfahren nach §§ 668, 685, 773—776, kann ein Eid nicht durch Urteil, sondern nur durch Beschluß auferlegt werden. [Vgl. Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXXI S. 262, OLG. Dresden SA. XLVI Nr. 78. AM. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XV S. 490, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 255.] Ordnet das Gericht, in einem Falle, wo der Eid durch

Digitized by Google

Urteil aufzulegen wäre, die Eidesleistung durch Beschluß an, und gelingt es nicht, das Gericht zur Zurücknahme dieses Beschlusses zu bestimmen, so kann das auf Grund des Beschlusses und der Eidesleistung oder -weigerung ergangene Endurteil durch Rechtsmittel angefochten werden; das Rechtsmittelgericht muß das auf dem unrichtigen Beschlusse beruhende Verfahren aufheben. Hat aber der Schwurpflichtige den ihm durch den gesetzwidrigen Beweisbeschluß auferlegten Eid geleistet, ohne daß der Gegner die Unzulässigkeit des Beschlusses rügte, so kann der Gegner die durch die Beschlußform begangene Gesetzesverletzung nachträglich nicht mehr, auch nicht in zweiter Instanz, rügen (§§ 267, 492); denn wenn nach § 426 das Einverständnis der Parteien über den Eid die Nichtanwendung der Regel des § 425 rechtfertigen kann, so kann auch die Verletzung der in § 425 gegebenen, die Form der Eidesauflage betreffenden Vorschrift durch Verzicht auf das Rügerecht und durch Präklusion gehoben werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 zu § 267, Wilm. Levy N. 1 zu § 267, A. Förster N. 7 zu § 426, RG. 3. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 101 S. 365, 12. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1130, 13. Okt. 1891 SA. XLVII Nr. 165, OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 791 ff. AM. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 86, Fitting eod. XI S. 7 N. 5, Gaupp I S. 542 f. N. 5 u. S. 779.]

3. Aus Abs. 2 folgt, daß der Termin zur Eidesleistung in dem bedingten Endurteile, wenn ein Rechtsmittel zulässig ist, nicht sofort bestimmt werden kann. Jede Partei kann nach Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Termin erwirken und den Gegner dazu laden (vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. fs vor § 191 S. 250). Nur, wenn die Parteien auf Rechtsmittel verzichten, kann der Termin sofort bestimmt und verkündet, es kann auch der Eid, wenn der Schwurpflichtige anwesend und zur Eidesleistung bereit ist, sofort abgenommen werden.

4. Nach § 45 des RG. betr. die Gewerbegerichte v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, ob die Leistung eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides durch bedingtes Urteil oder durch Beweisbeschluß anzuordnen sei.

§ 426.

Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurteil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurteil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

Mot. S. 282, 283. EPr. S. 173—177, 554, 733—736.

1. Litteratur: H. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 178 ff.

2. § 426 enthält drei Ausnahmen von der Regel des § 425. a) Erste Ausnahme: „Sind die Parteien — einverstanden, so kann — angeordnet werden." Vorausgesetzt wird, daß die zu beschwörende Thatsache nach Ansicht des Gerichts und beider Parteien für die Entscheidung des Prozesses erheblich ist; daß diese Thatsache nach Ansicht des Gerichts und beider Parteien des Beweises bedarf; daß andere Beweismittel nicht mehr geltend gemacht werden wollen; daß der Eid nach §§ 410, 411, 413, 414 oder doch nach § 415 zulässig ist; daß die Parteien darüber einverstanden sind, wer schwören und welche Eidesnorm beschworen werden soll. Sind alle diese Voraussetzungen vorhanden, dann kann

Digitized by Google

das Gericht die Beschlußform zur Eidesauflage wählen; es hat aber immer noch die freie Wahl zwischen dem Beweisbeschlusse und dem bedingten Endurteile. Den Beweisbeschluß kann das Gericht aufheben; es kann aber nicht durch einen neuen Beweisbeschluß die Leistung eines Eides anordnen, auf den sich die Parteien nicht geeinigt haben [OLG. Jena SA. XLIII Nr. 239].

b) Zweite Ausnahme: „Dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann — angeordnet werden". Über den Begriff „Zwischenstreit" s. Bem. Nr. 4 zu § 275. Man beachte den Gegensatz von Entscheidung über Zwischenstreit und Entscheidung über einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel. Ein Eid, der zur Erledigung eines Zwischenstreits dient, kann nie durch Zwischenurteil auferlegt werden. Die Auferlegung des zur Erledigung eines Zwischenstreits dienenden Eides durch bedingtes Endurteil ist zwar durch das Gesetz nicht ausgeschlossen; auch sind Fälle, in denen die Endentscheidung einzig und allein von der Entscheidung eines Zwischenstreits abhängt und die Entscheidung des Zwischenstreits durch einen Eid bedingt ist, nicht undenkbar; aber solche Fälle werden selten sein und die Wahl des bedingten Endurteils wäre immer unzweckmäßig.

c) Die dritte Ausnahme ist in Abs. 2 enthalten. Über den Begriff „selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel" s. Bem. Nr. 2 zu § 137; vgl. a. Bem. Nr. 3 zu § 275. Zur Wahl des Gerichts steht der Beweisbeschluß und das bedingte Zwischenurteil. Die Beschlußform kann gewählt werden, auch ohne daß demnächst ein Zwischenurteil (§ 275) ergeht [RG. 14. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 30 S. 114 f.]. Wird ein bedingtes Zwischenurteil erlassen, so bleibt die Eidesleistung ausgesetzt, bis das Zwischenurteil durch ein bedingtes Endurteil ergänzt und dieses rechtskräftig geworden ist. Beispiel: Der Kläger behauptet zur Begründung seines Anspruchs Auftragserteilung und Genehmigung. Beides wird bestritten. Er tritt zu Beweise des Auftrags Beweis durch Zeugen, zum Beweise der Genehmigung Beweis durch Eideszuschiebung an. Das Gericht kann durch bedingtes Zwischenurteil dem Beklagten den Eid über die Genehmigung auferlegen. Damit ist die Verhandlung über diesen Punkt vorläufig beendigt; der Eid wird nicht abgenommen. Ergiebt sich aus der Vernehmung der Zeugen der Beweis für die Auftragserteilung, so ist der Eid über die Genehmigung überflüssig. Anderenfalls ist in einem bedingten Endurteile die Eidesauflage bezüglich der Genehmigung zu wiederholen. Erst nach der Rechtskraft dieses Urteils ist zu schwören. Das bedingte Zwischenurteil ist nicht selbständig, sondern erst durch Rechtsmittel gegen das bedingte Endurteil anfechtbar [RG. v. 19. Juni 1881 Entsch. V Nr. 93 S. 350, 5./12. März 1891 SA. XLVII Nr. 298]. Besonderes gilt für das abgesonderte Verfahren über die sog. prozeßhindernden Einreden (§ 248) und über den Grund des Anspruchs (§ 276). Wurde in einem solchen Verfahren ein bedingtes Zwischenurteil über die Einrede oder über den Grund des Anspruchs erlassen, so ist der Eid zu leisten, wenn das Zwischenurteil rechtskräftig ist, ohne daß ein bedingtes Endurteil abgewartet wird. Dies folgt aus der selbständigen Anfechtbarkeit und Rechtskraft dieser Zwischenurteile [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 21 f., Planck II S. 321 f.].

3. Der die Leistung eines Eides anordnende Beweisbeschluß muß die Eidesnorm festsetzen (§ 324 Nr. 4). Mit Gründen muß der Beschluß nicht versehen werden. Der Beschluß spricht sich nicht über die Folgen der Eidesleistung aus. Anfechtbar ist der Beschluß erst mit dem darauf beruhenden Endurteile. Ist die schwurpflichtige Partei anwesend, so kann der Eid sofort abgenommen werden. Anderenfalls ist der Termin zur Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte bei Erlassung des Beweisbeschlusses zu verkünden oder im Falle des § 441 von dem beauftragten oder ersuchten Richter von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu geben. Einer Ladung bedarf es nicht.

Digitized by Google

Der Beweisbeschluß bindet das Gericht nicht; er kann zurückgenommen werden und dies muß geschehen, wenn die zu beschwörende Thatsache nicht mehr als erheblich erscheint [RG. 25. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 79 S. 360]. Der Beschluß hindert die Geltendmachung anderer Beweismittel nicht. Ist auf Grund eines Beweisbeschlusses ein Eid geleistet, erlassen oder verweigert, so treten die Folgen der §§ 428, 429 ein; das Gericht ist gebunden, die Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache als erwiesen anzunehmen. Das Gericht ist aber nicht gebunden, von dieser Thatsache die Entscheidung abhängig zu machen. Es kann sich nachträglich die Meinung bilden, daß die betreffende Thatsache unerheblich sei, und ohne Rücksicht auf sie das Urteil fällen [OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 233]. Das Gleiche gilt für die Berufungsinstanz.

§ 427.

In dem bedingten Urteile ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurteil ausgesprochen.

Mot. S. 282, 283. KPr. S. 173—177, 554, 733, 736.

1. Die Vorschrift gilt für bedingte Zwischen- und Endurteile. Auf alternativ oder kumulativ zu leistende Eide muß in einem Endurteile erkannt werden. Stehen mehrere aufzuerlegende Eide in präjudiziellem Verhältnisse — z. B. wenn der Kläger den Eid a leistet, so hat der Beklagte den Eid b zu leisten ꝛc. — so ist auf diese Eide in einem Urteile zu erkennen. Dies folgt aus der Natur des bedingten Urteils (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297), das kein anderes Nachverfahren als über den Eintritt der Bedingung und kein anderes Urteil als die sententia purificatoria verträgt. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 1 zu § 425, Gaupp I S. 782. AM. Petersen (2) S. 650.] Aus den Worten „so genau, als — gestattet" kann kein Argument gegen die vorgetragene Ansicht gewonnen werden; denn wenn die Prozeßlage eine derartige ist, daß die Entscheidung von mehreren Eiden abhängt, so können regelmäßig die Folgen der verschiedenen Möglichkeiten im voraus berechnet werden. Das Gesetz gestattet auch nicht, die Feststellung der Folgen, die sich aus Leistung oder Verweigerung auferlegter Eide ergeben, beliebig in suspenso zu lassen, wie ein Regierungskommissar in der JK. d. RT. (KPr. S. 177) irrtümlich erklärte; sondern die angeführten Worte beziehen sich auf Fälle, in denen, wie z. B. beim Schätzungseide des § 260, die genaue Feststellung der Folge der Eidesleistung oder Verweigerung unmöglich ist. [Abweichend bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 308.] Insbesondere ist es unzulässig, bei der Auferlegung eines Eides die Folge, d. i. die davon abhängige Entscheidung des Prozesses zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten, nur für den einen Fall sei es der Leistung oder der Weigerung auszusprechen, für den anderen Fall aber eine Entscheidung entweder überhaupt nicht oder nur eine als Zwischenurteil oder Beweisbeschluß sich darstellende Entscheidung zu treffen. [Vgl. RG. verein. CS. 20. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 127 S. 421 ff., bes. S. 434; vgl. a. RG. 17. Juni 1881 V S. 347 ff., bes. S. 349, 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 423 ff., 10. Mai 1882 VI Nr. 134 S. 427 ff., 25. Jan. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1165, 22. Dez. 1890 eod. S. 1195.] Ein Urteil, das auf Leistung eines Eides oder mehrere Eide erkennt, ohne für alle Eventualitäten eine bestimmte Endentscheidung in Aussicht zu nehmen, sich aber gleichwohl nach der Absicht des erkennenden Gerichts als bedingtes Endurteil charakterisiert, verstößt gegen das Gesetz, ist aber nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts [RG. 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 424, verein. CS. 20. Okt. 1882 VII Nr. 127 S. 454 ff., 4. März 1883 SA. XXXIX Nr. 253,

Digitized by Google

14. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 90 S. 395, 23. Febr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1194, 22. Dez. 1890 eod. XXXV S. 1196] und anderer Gerichte [z. B. bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 275, OLG. Braunschweig eod. Nr. 179, OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 499], die auch von den Kommentatoren sowie von Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 397 ff. vertreten wird, selbständig durch Berufung oder Revision anfechtbar, weil die Absicht des Gerichts dahin geht, die Instanz vorbehaltlich der Eidesleistung abzuschließen und weil wenigstens für einen Fall eine bestimmte Endentscheidung in Aussicht gestellt wird. Die Ansicht, daß ein solches Urteil, weil es inhaltlich den Erfordernissen eines bedingten Endurteils nicht entspricht, in Bezug auf die Rechtsmittel nicht als bedingtes Endurteil zu behandeln und daher nicht selbständig anfechtbar sein soll [vertreten in der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. Entsch. V Nr. 93 S. 350, VI Nr. 134 S. 430, von Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 301 ff. sowie in den früheren Aufl. dieses Komm.] hat praktische Bedenken gegen sich [vgl. Entsch. VII S. 435] und wird durch die obigen Erwägungen widerlegt.

Über die Prozeßkosten kann im bedingten Endurteile bedingt entschieden werden; es kann aber auch die Kostenentscheidung ausgesetzt bleiben (vgl. nordd. Prot. S. 1009).

2. Das Urteil, das den Eintritt der Folge der Leistung oder der Nichtleistung des Eides ausspricht (Purifikations-, Läuterungsurteil), kann erst nach mündlicher Verhandlung erlassen werden. [Unrichtig Boas Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 377 ff.; dagegen Struckmann Mag. f. DR. II S. 307 ff., Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 769 f., Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 1 ff.] Ist die Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte erfolgt, so reiht sich die mündliche Verhandlung unmittelbar an (§ 335 Abs. 1). Im anderen Falle ist von Amtswegen ein Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen und den Parteien bekannt zu geben (§ 333 Abs. 2). Die Eidesleistung oder Eidesverweigerung ist Beweisaufnahme. Die nachfolgende Verhandlung ist Verhandlung über die Beweisaufnahme; für diese Verhandlung gilt die Vorschrift des § 258. Die Verhandlung kann sich nur um die Frage drehen, ob der Eid richtig, ob er ganz oder teilweise geleistet, ob er verweigert sei, ferner um die Frage, welche der im bedingten Urteile festgestellten Folgen zu realisieren ist. Über materiellrechtliche Einwendungen kann, auch wenn sie erst nach der Rechtskraft des bedingten Urteils entstanden sind, in diesem Prozeßstadium nicht verhandelt und entschieden werden; sie sind durch Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (§ 686) geltend zu machen. [Vgl. Hergenhahn a. a. O. S. 32 ff., RG. 18. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 84 S. 341, betr. die Einrede des außergerichtlichen Vergleichs, OLG. Hamburg SA. XL Nr. 268, betr. die Einrede des Zwangsvergleichs.] — Das Purifikationsurteil ist genau auf der Grundlage des bedingten Urteils zu fällen [bay. ob. LG. SA. XL Nr. 321]. Es muß die Kostenentscheidung enthalten. Es ist appellabel und revisibel. Da auch die höhere Instanz an das bedingte Endurteil gebunden ist, kann die Berufungs- oder Revisionsbeschwerde sich nur auf das Prozeßstadium nach dem bedingten Urteile beziehen; die Verhandlung in der höheren Instanz ist sachlich ebenso beschränkt, wie die in der unteren Instanz.

3. Nach der in Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 297 begründeten Ansicht über die Natur der bedingten Endurteile ist ein Versäumnisverfahren nach §§ 295, 296 bei Ausbleiben einer Partei in dem Termine zur mündlichen Verhandlung *nach* der Eidesleistung oder -verweigerung unmöglich. Mag der Kläger oder der Beklagte, der Schwurpflichtige oder der Gegner ausbleiben, stets kann die erschienene Partei nur ein kontradiktorisches Urteil auf Grundlage des bedingten Urteils und unter Berücksichtigung des „Beweisergebnisses", d. i. der Eidesleistung oder -verweigerung, beantragen; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 297 und die dort verzeichnete Litteratur und Rechtsprechung. — Ist keine Partei erschienen, so ruht das Verfahren (§ 228).

Digitized by Google

4. Das Purifikationsurteil ist nach § 648 Nr. 2 auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 24, GO. f. RA. §§ 13 Nr. 4, 17, 21, 29, 45.

§ 428.

Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

Der Beweis des Gegenteils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

Mot. S. 285. KPr. S. 179, 554, 733, 736, 737.

1. Abs. 1 enthält eine gesetzliche Beweisregel. Ist der Eid geleistet, so muß das Gericht ohne Beweiswürdigung die beschworene Thatsache als voll bewiesen annehmen. Wird die Negative einer Thatsache beschworen, so ist Beweis gegen die Positive begründet. [Einigermaßen abweichend Bähr Jahrb. f. Dogm. XXV S. 403 ff.] Ob der Eid als Wahrheits- oder als Überzeugungseid geschworen, ob er durch Beweisbeschluß oder durch bedingtes Endurteil auferlegt ist, macht keinen Unterschied. — Diese Wirkung der Eidesleistung beschränkt sich auf den konkreten Prozeß; in einem anderen Prozesse derselben Parteien kann der Eid nur als Beweisgrund in Betracht kommen; vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 429.

2. Zu Abs. 2: Ist auf Grund der Eidesleistung ein Endurteil erlassen und dieses Urteil rechtskräftig geworden (§ 645), so kann das Urteil gemäß §§ 543 Nr. 1, 544 wegen Verletzung der Eidespflicht durch Restitutionsklage angefochten werden. Ist aber auf Grund der Eidesleistung noch kein Endurteil erlassen oder das Urteil noch nicht rechtskräftig, so kann vor Erlassung des Urteils in der Instanz oder nachher in der Berufungsinstanz (vgl. § 545) der Beweis des Gegenteils der beschworenen Thatsache unter den Voraussetzungen der §§ 543 Nr. 1, 544 geführt werden. Es muß also erwiesen werden, daß der Gegner sich durch die Eidesleistung einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat und daß deswegen entweder eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist oder daß die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen konnte. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Eid durch ein bedingtes Endurteil oder durch Beweisbeschluß auferlegt war. Unter den gleichen Voraussetzungen ist in dem Nachverfahren, das auf ein unter Vorbehalt ergangenes, auf Leistung eines Eides beruhendes Urteil im Urkunden- oder Wechselprozesse folgt (§ 563), der Beweis des Gegenteils der beschworenen Thatsache zulässig [RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 323 f.]. Bei der Gegenbeweisführung ist ein richterlicher Eid nicht ausgeschlossen [vgl. RG. a. a. O. S. 327].

3. Wegen Fortdauer der Wirkung der Eidesleistung in der Berufungsinstanz s. § 495 Abs. 2 und Bem. Nr. 3 dazu.

4. § 428 ist gegenstandslos im Entmündigungsverfahren wegen § 611 Abs. 2, gilt dagegen im Eheprozesse (s. Bem. Nr. 4 zu § 577) und im Verfahren über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, soweit Parteieide vorkommen (s. Bem. Nr. 4 zu § 410 u. Bem. Nr. 5 zu § 437).

§ 429.

Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung wie die Leistung des Eides.

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.

Mot. S. 285. KPr. S. 179, 554, 733, 736, 737.

Digitized by Google

1. § 229 enthält zwei gesetzliche Beweisregeln: a) Durch Erlassung des Eides von Seiten des Gegners wird voller Beweis der zu beschwörenden Thatsache begründet. Erlassung ist die in der Verhandlung vor dem Prozeßgerichte oder in dem Termine zur Eidesleistung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter von dem Gegner des Schwurpflichtigen mündlich abgegebene Erklärung, daß er auf Leistung des Eides verzichte. Der Eid über eine Thatsache, die ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis betrifft, kann nur von allen Streitgenossen erlassen werden (arg. § 434). b) Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als bewiesen gilt. Verweigerung ist: α) Die vor Anordnung der Eidesleistung von dem Delaten in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte abgegebene Erklärung, einen zulässigerweise zugeschobenen Eid nicht leisten zu können oder nicht leisten zu wollen (vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 417). β) Die nach Auferlegung eines zugeschobenen, zurückgeschobenen oder richterlichen Eides von dem Schwurpflichtigen in der Verhandlung vor dem Prozeßgerichte oder in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine vor dem beauftragten oder ersuchten Richter abgegebene Erklärung, den auferlegten Eid nicht leisten zu können oder nicht leisten zu wollen. Der Wille, den Eid zu verweigern, kann auch daraus gefolgert werden, daß der erschienene Schwurpflichtige auf die Aufforderung, den Eid zu leisten, sich nicht erklärt; aber es ist nach Umständen auch möglich, daß daraus die Eidesweigerung noch nicht hervorgeht. [Vgl. Hergenhahn, Ztschr. f. d. CPr. XV S. 26, RG. 21. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 92 S. 388 ff.] Als Eidesverweigerung wird die Verweigerung der Eideserklärung (§ 417 Abs. 2) angesehen (vgl. jedoch Bem. Nr. 3 zu § 417), ebenso das Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Schwurtermine (§ 430). — Wegen Verweigerung des Eides seitens eines Streitgenossen vgl. § 434.

Ad a und b: Gegenbeweis gegen die gemäß § 429 als voll bewiesen anzunehmenden Thatsachen ist unzulässig. Auch von Gegenbeweis wegen eines bei der Erlassung oder Verweigerung unterlaufenen Irrtums kann nicht die Rede sein. Die Wirkungen der Erlassung und der Verweigerung des Eides sind stärker, als die eines gerichtlichen Geständnisses. — Erlassung und Verweigerung des Eides sind einseitige Erklärungen, bedürfen also nicht der Annahme des Gegners, um unwiderruflich zu werden [OLG. Jena SA. XLIII Nr. 67].

2. Die Erlassung und die positiv erklärte oder durch rechtskräftiges Versäumnisurteil festgestellte (§ 430) Verweigerung eines Eides behalten ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz (§ 495). Die Wirkung der Präklusion (§ 417 Abs. 2) kann in der Berufungsinstanz durch Nachholung der Eideserklärung beseitigt werden (§ 493). — Die Wirkungen des Erlasses und der Weigerung beschränken sich auf den konkreten Prozeß. In einem anderen Prozesse derselben Parteien kann die Erlassung und die Verweigerung eines Eides nur als Beweisgrund in Betracht kommen [RG. 1. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 112 S. 421].

3. Im Entmündigungsverfahren ist der § 429 gegenstandslos wegen § 611 Abs. 2. Im Eheprozesse ist Abs. 1 des § 429 nicht anwendbar (§ 577), wohl aber Abs. 2, soweit Eidesauflagen möglich sind (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 577). In Bezug auf die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 zu § 261) ist Abs. 1 nicht anwendbar, weil sonst die Offizialprüfung durch Erlassung des Eides illusorisch gemacht werden könnte; vielmehr ist der Eid trotz der Erlassung abzunehmen, wenn nicht das Gericht den Beweisbeschluß zurücknimmt. Abs. 2 des § 429 gilt hier ebensowohl wie in Ehesachen.

§ 430.

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Ter-

Digitized by Google

mine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

Mot. S. 236, 237, 285. EPr. S. 179, 554, 733, 737.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 123 ff., Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 228 ff., Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 341 f., Bolgiano eod. V S. 200 ff., Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 777, Barkhausen eod. S. 813 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 51 ff.; Bl. f. RA. LXVIII S. 305 ff., 321 ff., H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 349 ff. und Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 553 ff., Troll Vers.Urt. S. 146 ff. Vgl. a. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 501 ff.

2. Die Motive bemerken: „Die Abnahme eines Parteieneides ist Aufnahme eines Beweises. Ein Termin, soweit er die Leistung eines solchen Eides zum Gegenstande hat, unterscheidet sich in nichts von einem sonstigen Beweisaufnahmetermine; die Folgen der Versäumung desselben würden daher nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 332 Abs. 2 beseitigt werden können. Bei der Bedeutung des Parteieneides für die Entscheidung des Rechtsstreites oder eines Streitpunktes empfiehlt es sich aber, die Aufhebung der Folgen der Versäumung eines zur Eidesleistung anberaumten Termins in demselben Umfange zu gestatten, wie in dem Falle der Versäumung eines Verhandlungstermins. Zu dem Behufe betrachtet das Gesetz das Verfahren, welches die Leistung eines Parteieneides betrifft, in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit und bestimmt, über die Vorschrift des § 312 Abs. 2 hinausgreifend und ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung des Eides in einem bedingten Urteile oder in einem Beweisbeschlusse angeordnet war, im § 430: erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung anberaumten Termine nicht, so kann ein Versäumniszwischenurteil auch dann erfolgen, wenn der Termin nicht lediglich zur Leistung des Eides bestimmt war, — und muß erfolgen, um die Folgen der Versäumung — daß der Eid als verweigert anzusehen sei — eintreten zu lassen."

3. I. Der Eid ist durch bedingtes Endurteil (§§ 425, 426 Abs. 2) auferlegt.

A. Zur Eidesleistung ist Termin vor dem Prozeßgerichte bestimmt.

Nach § 335 ist dieser Termin zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt. Mit dem Schlusse der Verhandlung tritt nach allgemeinem Grundsatze die Präklusion aller Prozeßhandlungen, also auch der Eidesleistung, ein. Gemäß dem (in Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 297 erörterten) Charakter des bedingten Endurteils könnte in jener Verhandlung kein Versäumnisurteil nach § 295, 296 erlassen, es müßte also ohne § 430 gegen den ausgebliebenen Schwurpflichtigen die sententia purificatoria zu dem bedingten Urteile als ein durch Einspruch unanfechtbares Urteil erlassen werden. Hier greift § 430 ein und bestimmt, daß in dem Termine kein purifikatorisches Urteil zu erlassen, sondern daß zunächst durch ein Versäumniszwischenurteil die Präklusion der Eidesleistung — nach der Ausdrucksweise des Gesetzes die Annahme (Fiktion) der Eidesverweigerung — festzustellen sei. Die prozessualische Frage, ob der Eid geleistet oder verweigert sei, wird herausgerissen und zum Gegenstande eines Versäumniszwischenurteils gemacht. Durch Anwesenheit eines Bevollmächtigten, im Anwaltsprozesse des Anwalts, des Schwurpflichtigen wird die Erlassung dieses Versäumniszwischenurteils nicht ausgeschlossen. Natürlich kann der Bevollmächtigte unter Umständen einen Vertagungsantrag begründen; aber wenn diesem nicht stattgegeben wird, so ist das Versäumnisurteil nach § 430 möglich. — Für das Versäumnisverfahren gelten die Regeln der §§ 300—311. Es ist also Einspruch gegen das erste Versäumnisurteil möglich. Der rechtzeitig oder ordnungsmäßig eingelegte Einspruch stellt die Prozeßlage vor dem Versäumnisurteile wieder her und ermöglicht dem Schwurpflichtigen, ohne Entschuldigung der früheren Terminsversäumnis die Eidesleistung nachzuholen, worauf die Verhandlung über die Eidesleistung und das Purifikationsurteil folgt. Ist der Einspruch verspätet oder sonst ordnungswidrig, so ist unter Verwerfung des Einspruchs die Präklu-

Digitized by Google

sionsfolge durch Purifikationsurteil zu verwirklichen. Bleibt der Schwurpflichtige im Termine zur Verhandlung über den Einspruch aus, so ergeht ein zweites Versäumnisurteil auf Verwerfung des Einspruchs (§ 310). Dieses Versäumnisurteil ist nicht mehr durch Einspruch, sondern nur durch Berufung oder Revision gegen die sent. purificatoria [vgl. RG. 18. Okt. 1884 Entsch. XIII Nr. 107 S. 397] und zwar nur mit der aus § 474 Abs. 2 (cf. § 529) sich ergebenden Beschränkung anfechtbar. — Solange das erste Versäumnisurteil noch durch Einspruch anfechtbar ist, kann nicht weiter verhandelt und also die sent. purificatoria nicht erlassen werden. So die Motive S. 237 (cit. oben S. 447), und ihre Behauptung ist aus den in Bem. Nr. 3 litt. d zu § 312 vorgetragenen Gründen als richtig anzunehmen (Litteraturangaben s. S. 447). Ist ein zweites, mit Einspruch nicht anfechtbares Versäumniszwischenurteil (§ 310) ergangen, so reiht sich die weitere Verhandlung und die Erlassung der purificatoria unmittelbar an; vgl. die Bem. Nr. 3 litt. e a. E. zu § 312.

Ist der Gegner des Schwurpflichtigen in dem Termine ausgeblieben, der Schwurpflichtige aber erschienen, so ist nach § 332 der Eid abzunehmen. Dann kann der Schwurpflichtige gegen den Gegner ein kontradiktorisches, die Folgen der Eidesleistung realisierendes Endurteil erwirken, im Anwaltsprozesse natürlich nur durch den Anwalt. Erscheint im Anwaltsprozesse keiner der Anwälte zur Verhandlung, so ruht das Verfahren (§ 228), selbst wenn der Schwurpflichtige in Person erschienen ist und den Eid geleistet hat.

B. Zur Eidesleistung ist Termin vor dem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt.

Dieser Termin ist nur Termin zur Beweisaufnahme. Ist der Schwurpflichtige ausgeblieben, so sendet der beauftragte oder ersuchte Richter die Akten mit der Feststellung, daß der Schwurpflichtige ausgeblieben ist, an das Prozeßgericht, das, wenn nicht bereits Termin bestimmt ist, einen Verhandlungstermin von Amtswegen bestimmt (§ 335 Abs. 2). In diesem Termine kann der Schwurpflichtige noch die Eidesleistung nachholen. Erscheint er aber in diesem Termine wieder nicht, dann ist auf Antrag des Gegners das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei. Durch Erscheinen eines Bevollmächtigten wird nichts geändert. Bezüglich des weiteren Verfahrens gelten die oben litt. A Abs. 1 entwickelten Sätze mit folgender Modifikation: wird gegen das Versäumnisurteil Einspruch erhoben, so ist nicht unbedingt nötig, daß der Schwurpflichtige in dem zur Verhandlung über den Einspruch bestimmten Termine erscheint und hier die Eidesleistung nachholt; vielmehr kann, wenn dessen Bevollmächtigter erschienen und der Einspruch ordnungsmäßig ist, die Anordnung, daß die Eidesabnahme durch den beauftr. oder ers. Richter erfolgen solle, wiederholt werden.

Erscheint der Gegner des Schwurpflichtigen nicht im Schwurtermine, so kann der Schwurpflichtige den Eid leisten (§ 332). Erscheint der Gegner nicht zum Verhandlungstermine, so kann die Partei, die geschworen hat, ein kontradiktorisches Endurteil erwirken.

Erscheint im Verhandlungstermine keine der Parteien oder im Anwaltsprozesse keiner ihrer Anwälte, so ruht das Verfahren.

II. Der Eid ist durch Beweisbeschluß angeordnet.

A. Zur Eidesleistung ist Termin vor dem Prozeßgerichte bestimmt.

Nach § 335 ist dieser Termin kraft Gesetzes zugleich zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt. Nach § 297 ist jeder Termin zur Verhandlung nach einem Beweisbeschlusse Verhandlungstermin im Sinne der §§ 295, 296; daher ist gegen die nicht (im Anwaltsprozesse nicht durch Anwalt) erschienene Partei, einerlei ob sie oder der Gegner schwurpflichtig ist, das Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich. Aus § 332 folgt ferner,

Digitized by Google

daß in dem Termine dem in Person erschienenen zur Eidesleistung sich erbietenden Schwurpflichtigen, gleichviel ob der Gegner da ist oder nicht, der Eid abgenommen werden muß und daß, wenn sich der Schwurpflichtige zum Eide erbietet, das Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 erst nach der Beweisaufnahme, d. i. nach der Eidesleistung, möglich ist (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 332). Es kann sich hiernach z. B. ergeben, daß der in Person erschienene Schwurpflichtige schwört und dann, weil sein im Anwaltsprozesse zur Verhandlung nötiger Anwalt nicht da ist, kontumaziert wird. Daß bei dem Versäumnisurteile nach §§ 295, 296 auf Beweisergebnisse, wozu auch Eidesleistungen und -weigerungen gehören, keine Rücksicht genommen wird, ist in Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 297 ausgeführt.

Ist für den Schwurpflichtigen ein Bevollmächtigter erschienen, der Schwurpflichtige selbst aber nicht, so ist, abgesehen von Vertagung, gegen den Schwurpflichtigen nur ein Versäumniszwischenurteil nach § 430 möglich. Bezüglich des weiteren Verfahrens gelten die oben Ad I A Abs. 1 (S. 562 f.) entwickelten Sätze.

Bei Ausbleiben des Schwurpflichtigen und seines Bevollmächtigten muß aus den erörterten Gründen dem Gegner jedenfalls das Recht zustehen, ein Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 zu beantragen. Da § 430 den Fall nicht ausnimmt, so möchte man meinen, der Gegner könnte zwischen dem Antrage auf Versäumnisendurteil (§§ 295, 296) und dem Antrage auf Versäumniszwischenurteil wählen. Aber gesetzt, es bestände das Wahlrecht, so wäre es sinnlose Thorheit, wenn die erschienene Partei, anstatt den Sprung zum Versäumnisendurteile zu machen, sich mit dem zaghaften Schritt zum Versäumniszwischenurteile begnügen wollte. Sie kommt mittels des ersteren viel rascher zum Ziele. Dem Einspruche aber unterliegen doch beide Versäumnisurteile. Man kann sich auch nicht das geringste Interesse denken, aus dem die erschienene Partei das Versäumniszwischenurteil vorziehen sollte. Bei dieser Sachlage ist die Annahme begründet, daß der § 430 auf den zur Frage stehenden Fall überhaupt nicht berechnet ist. Es widerspräche aller Gesetzgebungsökonomie, der Partei zwei Wege zu eröffnen, von denen der eine ein zweckloser Umweg wäre. Sonach ist der erschienene Gegner des Schwurpflichtigen in dem bezeichneten Falle nur zum Antrage auf Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 berechtigt. Ein Antrag auf Versäumniszwischenurteil nach § 430 wäre als unzulässig zurückzuweisen. [Abw. Ansichten vertreten Wilm. Levy (6) N. 1 litt. c. S. 654, Gaupp I S. 788 f., Voß a. a. O. S. 240 ff., Barkhausen a. a. O. S. 813 ff. u. a.]

B. Zur Eidesleistung ist Termin vor einem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt. Dieser Termin ist nur Beweisaufnahmetermin. Ist der Schwurpflichtige im Termine nicht erschienen, so sendet der beauftr. oder ers. R. die Akten mit der Konstatierung des Ausbleibens an das Prozeßgericht, das von Amtswegen nach § 335 Abs. 2 den Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt und den Parteien bekannt macht, wenn nicht vorher ein Verhandlungstermin schon angesetzt war. In diesem Termine kann der Schwurpflichtige die Eidesleistung nachholen. Erscheint in dem Termine weder der Schwurpflichtige in Person, noch sein Bevollmächtigter, so kann der Gegner jedenfalls ein Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 erwirken. Im Anwaltsprozesse ist der ohne Anwalt erschienene Schwurpflichtige zwar auf sein Verlangen zu beeidigen, aber auf Antrag des Gegners nach §§ 295, 296 zu kontumazieren. Die Frage, ob der Gegner sich mit einem Versäumniszwischenurteile nach § 430 begnügen könne, steht genau wie im Falle ad II A. Erscheint der Bevollmächtigte des Schwurpflichtigen und der Gegner, so kann dieser nur das Versäumniszwischenurteil nach § 430 erwirken.

Bleibt der Gegner des Schwurpflichtigen im Schwurtermine aus, so kann der Schwurpflichtige doch beeidigt werden. Bleibt der Gegner des Schwurpflichtigen im Verhandlungs-

Digitized by Google

termine vor dem Prozeßgerichte aus, so ist, von Vertagung abgesehen, ein Versäumnisendurteil nach §§ 295, 296 möglich.

Gegen den erschienenen Schwurpflichtigen, der nicht schwört, kann kein Urteil nach § 430 erlassen werden; vgl. Bem. Nr. 1 litt. b β zu § 429. [So auch Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 352 u. Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 353, Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 25 f. AM. Troll Vers.Urt. S. 150 ff.]

4. Über Anwendbarkeit des § 430 in Ehesachen s. Bem. Nr. 4 zu § 577.

5. Für das Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 46 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

§ 431.

Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urteil auferlegt ist. Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesnorm*) aufgenommen sind, berichtigt werden.

Mot. S. 284. KPr. S. 179, 180, 554, 733, 734.

Litteratur: Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 42 ff.

1. § 431 gewährt dem Schwurpflichtigen ein Korrektiv gegen unzutreffende Normierung des Eides (Mot. S. 284). Er gilt sowohl für Eide, die durch Urteil, wie für Eide, die durch Beschluß auferlegt sind. Bezüglich dieser ergiebt sich übrigens die Möglichkeit einer Korrektur schon aus der Abänderlichkeit des Beweisbeschlusses. — Zu § 290 verhält sich § 431 folgendermaßen: § 290 betrifft Unrichtigkeiten im Urteile, die mit der bei dessen Erlassung vorhandenen Prozeßlage nicht stimmen und auf Versehen des Gerichts beruhen. Dagegen setzt § 431 in seinem ersten Satze eine nach dem Urteile oder dem Beweisbeschlusse eingetretene, durch nachträgliche Erklärungen des Schwurpflichtigen bewirkte Änderung der Prozeßlage und in seinem zweiten Satze die Berichtigung eines Versehens der Partei voraus. Wenn ein Versehen des Gerichts vorliegt, kommt nicht § 431, sondern nur § 290 zur Anwendung. [Vgl. RG. 3. Februar 1883 Entsch. VIII Nr. 116 S. 392 f.]

2. Der erste Satz betrifft die Änderung erheblicher Umstände. Solche Änderung ist nur möglich, wenn frühere Behauptungen ganz oder teilweise zurückgenommen oder früher bestrittene Thatsachen teilweise zugestanden werden, so daß, wie der preuß. Entw. § 423 sich ausdrückte, die Änderung den Gegner in eine günstigere Lage versetzt. [Vgl. RG. 7. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1117 f., OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 240.] Z. B. der Eid ist dem Beklagten darüber auferlegt, daß er dem Kläger 1000 bezahlt habe; der Beklagte erklärt vor der Eidesleistung, daß er die Behauptung auf Zahlung auf 900 reduziere. Oder: Der Eid ist dem Kläger dahin auferlegt, daß er nicht dem Beklagten bei dem Verkaufe einer Sache garantierte, daß diese Sache die Eigenschaften a und b habe; der Kläger gesteht die Garantie der Eigenschaft a zu, erklärt sich dagegen bereit, im übrigen den Eid zu leisten. Andere Beispiele s. Entsch. d. RG. X Nr. 45 S. 169 XXX Nr. 108 S. 360, SA. XLIX Nr. 287, Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 325. Aus Entsch. XXX Nr. 108 ist zu ersehen, daß der Schwurpflichtige sich zur Leistung eines beschränkteren Eides auch dann noch erbieten kann, wenn das Läuterungsurteil zufolge einer auf § 543 Nr. 1 gestützten Rest.Klage aufgehoben wurde. — Eine Abänderung dieser Art kann nur von dem Schwurpflichtigen veranlaßt werden.

3. Der zweite Satz betrifft die Berichtigung unerheblicher Umstände, die von der Partei unrichtig vorgetragen waren; z. B. die Änderung des Datums eines Vertrags-

*) Im RGBl. steht Eidesform. Das ist ein Druckfehler.

Digitized by Google

schlusses oder einer Zahlung, wenn das Datum gleichgültig ist. Eine solche Änderung kann sowohl von dem Schwurpflichtigen wie von dem Gegner veranlaßt werden. Entscheidungen s. Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1118, SA. XLI Nr. 241, XLIX Nr. 288.

4. Verfahren. a) Die Eidesleistung soll vor dem Prozeßgerichte erfolgen. Es wird eine Änderung des Eides nach § 431 angeregt. Die Parteien sind darüber einig, daß die Änderung erfolgen soll. Ist das Gericht der Ansicht, daß sich die Änderung innerhalb des Rahmens des § 431 bewege, so ist der geänderte Eid abzunehmen. Ist das Gericht der Ansicht daß die Änderung über § 431 hinausgreife, so muß es die Änderung beanstanden (Beschluß), wenn der Eid durch Urteil auferlegt ist, weil das Urteil das Gericht und die Parteien bindet (§ 289) und daher nur im Rahmen des § 431 geändert werden kann; wenn aber der Eid durch Beweisbeschluß angeordnet ist, dann können wegen der Abänderlichkeit des Beschlusses auch weitergehende Änderungen gestattet werden (Beschluß). Sind die Parteien nicht darüber einig, daß und wie der Eid geändert werden soll, so liegt ein Zwischenstreit vor, der durch ein erst mit dem Endurteile anfechtbares Zwischenurteil zu entscheiden ist. [Das RG. 3. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 116 S. 391 und 4. Okt. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1173 bezeichnet die Entscheidung als Beschluß, stimmt aber darin mit dem Vorgetragenen überein, daß die Entscheidung nicht selbständig anfechtbar sei.] Verlangt der Schwurpflichtige in Abwesenheit des Gegners eine Änderung auf Grund des § 431, so ist ebenso zu verfahren, wie wenn der erschienene Gegner der Änderung nicht widerspricht. b) Die Eidesleistung soll vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden (§ 441). Die Parteien sind darüber einig, daß die Änderung erfolgen soll. Ist der beauftr. oder ers. Richter der Ansicht, daß die Änderung sich im Rahmen des § 431 bewege, so wird der geänderte Eid abgenommen; anderenfalls geht die Sache zur Entscheidung an das Prozeßgericht. Auch in jenem Falle steht dem Prozeßgerichte zu, bei der sent. purificatoria zu prüfen, ob die Änderung nach § 431 zulässig gewesen. Ergiebt sich ein Zwischenstreit unter den Parteien über die Zulässigkeit der Änderung, so ist nach § 331 zu verfahren. Verlangt der Schwurpflichtige in Abwesenheit des Gegners die Änderung, so ist zu verfahren, wie wenn der erschienene Gegner nicht widerspricht.

Ergiebt sich bei der Verhandlung über Änderung des Eidesthemas, daß der Schwurpflichtige das Gegenteil dessen, was er zu beschwören hätte, zugesteht, so entfällt die Eidesabnahme [OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 240].

5. Dadurch, daß auf dem Wege des § 431 eine Änderung der Eidesnorm hätte erreicht werden können, ist nicht ausgeschlossen, daß Berufung zu diesem Zwecke ergriffen werde. [OLG. Stuttgart S. XLI Nr. 148, OLG. Jena eod. Nr. 149.]

§ 432.

Ist der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so kann, auch nach Eintritt der Rechtskraft, die Zuschiebung sowie die Zurückschiebung des Eides widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurteilung Kenntnis erlangt habe.

EPr. E. 733, 737.

1. Litteratur: Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 783 ff., Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 49 ff.

2. Der in der JK. d. RT. eingefügte § 432 gewährt gegen das bedingte Urteil aus denselben Gründen, aus denen nach § 422 die Zurückschiebung eines Eides vor Er-

Digitized by Google

lassung des Urteils widerrufen werden kann, eine Art von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Über „wissentliche Verletzung der Eidespflicht" s. Bem. Nr. 3 zu §§ 422, 423. Sind die Voraussetzungen des § 432 vorhanden, so *muß* dem Antrage auf Gestattung des Widerrufs stattgegeben werden.

3. Ist das bedingte Urteil noch durch Berufung anfechtbar, so kann der Widerruf in erster Instanz oder durch Berufung in zweiter Instanz geltend gemacht werden; anderenfalls nur in der Instanz, wo der Prozeß anhängig ist; niemals in der Revisionsinstanz. Der Widerruf ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte geltend zu machen und zwar entweder in dem zur Eidesleistung bestimmten oder in einem besonderen, zur Verhandlung über den Widerruf bestimmten Termine, wozu der Widerrufende den Gegner zu laden hat. Die Verhandlung erstreckt sich zunächst auf die Zulässigkeit des Widerrufs, eventuell auf den weiteren Beweis der unter Eid gestellten Behauptung; neues thatsächliches Vorbringen ist ausgeschlossen (arg. § 433 Abs. 1 u. 2). Gesonderte Verhandlung über die Zulässigkeit ist möglich, aber nicht nötig. Das Vorhandensein der Voraussetzungen des Widerrufs ist von Amtswegen zu prüfen. Die Abweisung des Antrags kann nur durch Urteil erfolgen. Da dieses die Instanz beendigt, so ist es mit Rechtsmitteln anfechtbar [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 12]. Die Zulässigkeit des Antrags kann durch Zwischenurteil ausgesprochen werden. Es kann aber auch ohne solches ein anderer Beweis zugelassen und nach dessen Erledigung das Endurteil erlassen werden. Dieses Endurteil ist wieder mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar. Wird der Widerruf gestattet, so kann auch der Gegner *andere* Beweismittel bezüglich derselben Thatsache geltend machen.

4. *Versäumung des Termins* zur Verhandlung über den Widerruf: a) Der Antragsteller bleibt aus. Sein Antrag ist durch Versäumnisurteil zurückzuweisen (arg. § 295). Dagegen ist Einspruch möglich. b) Der Gegner bleibt aus. Zunächst ist von Amtswegen zu prüfen, ob die vom Antragsteller zur Begründung seines Widerrufs vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen wahr sind und den Antrag begründen. Weil Offizialprüfung stattfindet, greift das Präjudiz des Zugeständnisses nicht ein. Ist hiernach der Antrag nicht begründet, so ist er durch ein Urteil, das kein Vers.Urt. ist, abzuweisen. Erscheint aber der Antrag auf Widerruf begründet, so ist das thatsächliche Vorbringen des Antragstellers bezüglich der unter Eid gestellten Thatsache als zugestanden, eine frühere Behauptung seines Gegners aber als unerweisbar anzunehmen; auf dieser Grundlage ist gegen den Gegner das Versäumnisurteil zur Sache zu erlassen (arg. § 296). [Abw. Gaupp I S. 794 bei N. 17, der hier den § 504 Abs. 2 analog anwenden will]. Im übrigen werden die durch den Widerruf nicht berührten Feststellungen des Urteils aufrecht erhalten. Diese Behandlung rechtfertigt sich daraus, daß die Gestattung des Widerrufs nur eine *teilweise* Restitution gegen das Urteil enthält.

War der Eid durch ein bedingtes Zwischenurteil auferlegt, so ist bei Versäumung eines Verhandlungstermins jetzt wieder ein Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297.

5. Ist der Eid erlassen oder geleistet, so ist kein Widerruf mehr möglich.

§ 433.

Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein, so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden.

Digitized by Google

Dasselbe gilt, wenn infolge der Verurteilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides widerrufen wird.

Ist der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urteils in der Sache anderweit erkannt.

Mot. S. 285. KPr. S. 180, 554, 733, 737.

Litteratur: Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 51 ff., Neubauer eod. XVIII S. 80 ff.

1. Zu Abs. 1 und 3: Nach den von der JK. d. RT. vorgenommenen Änderungen des Entwurfs (s. Bem. Nr. 1 zu § 419), hat § 433 nur mehr Bedeutung für den Fall, daß der Eid durch bedingtes Zwischen- oder Endurteil auferlegt ist; denn die Anordnung einer Eidesleistung durch Beschluß hindert ohnehin keine Partei an der Geltendmachung anderer Beweismittel und das Gericht kann den Beschluß bei geänderter Sachlage stets zurücknehmen. Gegen das bedingte Urteil wird eine Art von Inzidentrestitution mit der Beschränkung auf „die betreffende Beweisführung", d. i. auf die unter Eid gestellte Thatsache, in drei Fällen gewährt: a) bei Tod des Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung; der gemeinrechtliche, übrigens bestrittene Satz: „mortem loco iuris iurandi esse" [Wetzell Syst. S. 259] ist damit beseitigt. b) Bei Unfähigwerden zur Eidesleistung, z. B. durch Geisteskrankheit oder Verlust der Parteieigenschaft [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 233 für den Fall des Austritts des Schwurpflichtigen aus der off. Handelsgesellschaft]. Da der Gemeinschuldner in den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen, vom Konkursverwalter aufgenommenen Prozessen nicht mehr fähig ist, einen Parteieneid zu leisten, so ist § 433 auch auf diesen Fall anwendbar [vgl. OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 496, OLG. Darmstadt SA. XLI Nr. 242]. c) Bei Aufhören der gesetzlichen Vertreterstellung, z. B. Aufhören der Stellung als Vormund, als Gemeinde- oder Gesellschaftsvorstand ꝛc. — Ob diese Thatsachen vor oder nach der Eidesauflage eingetreten sind, ist einerlei [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 233]. — Ausdehnung auf Verschollenheit des Schwurpflichtigen ist unstatthaft; stellt sich der Schwurpflichtige nicht, so ist nach § 430 zu verfahren.

Da sich die Inzidentrestitution nicht auf das ganze Urteil, sondern nur auf die betreffende Beweisführung bezieht, so wird es im übrigen rechtskräftig, wenn es nicht durch Berufung oder Revision angefochten wird. Der Eintritt der Restitution steht diesen Rechtsmitteln nicht im Wege [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVIII Nr. 224]. Ist das bedingte Urteil noch durch Berufung anfechtbar, so können die Parteien auch im Wege der Berufung neue Beweismittel geltend machen. Es ist aber nicht nötig, zu diesem Zwecke die Berufung einzulegen. Das Gesetz eröffnet den bequemeren Weg der Inzidentrestitution in der Instanz. Ist das Urteil nicht mehr durch Berufung anfechtbar, so steht nur dieser Weg offen.

Das Verfahren in der Instanz ist folgendes: die Partei, die andere Beweismittel vorbringen will, hat dies unter Anführung der die Inzidentrestitution begründenden Thatsache in mündlicher Verhandlung zu erklären und die neuen Beweismittel geltend zu machen. Sie kann dies in dem bereits angesetzten Verhandlungstermine thun oder auch in einem besonderen Termine, wozu sie den Gegner geladen hat. In dem Termine wird zunächst über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Inzidentrestitution verhandelt, eventuell werden die neuen Beweismittel geltend gemacht oder auch ohne solche aufs neue verhandelt. Die neuen Beweismittel und die ganze Verhandlung beschränken sich auf „die betreffende Beweisführung" d. i. auf die Beweisführung über das Schwurthema [RG.

Digitized by Google

15. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 101 S. 379 ff., 11. Dez. 1890 SA. XLVI Nr. 232 u. beiläufig Entsch. XXIII S. 359]; zum Zwecke indirekter Beweisführung über das unter Eid gestellte thema probandum können jedoch auch neue Behauptungen vorgebracht und erwiesen werden [OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 408 ff.]. Natürlich kann dem Nachfolger des Schwurpflichtigen der Eid zu- und zurückgeschoben werden. Erachtet das Gericht die Voraussetzungen § 433 Abs. 1 nicht für gegeben, z. B. es hält dafür, daß der Schwurpflichtige die Eidesfähigkeit nicht verloren habe, so weist es den Antrag auf Aufhebung des Urteils ab. Diese Entscheidung ist Endurteil; wäre sie Beschluß, so würde dann, wenn das vorherige bedingte Urteil rechtskräftig wäre, eine Anfechtung überhaupt unmöglich sein; denn die Beschwerde ist wegen der Notwendigkeit mündlicher Verhandlung unzulässig. Gegen das Urteil ist Berufung und Revision zulässig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 13]. Hält das Gericht die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 für gegeben, so erläßt es nach weiterer Beweisaufnahme oder auch ohne solche ein neues Urteil zur Sache, gegen das ebenfalls Rechtsmittel zulässig sind. Ein Zwischenurteil ist möglich, aber nicht notwendig.

Die Versäumung des Termins ist folgendermaßen zu behandeln: a) Die Partei, die bezüglich der unter Eid gestellten Thatsache beweispflichtig ist, bleibt aus. Dann ist zu unterscheiden: α) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 nicht für gegeben. Dann erläßt es ein das frühere Urteil bestätigendes Urteil. Dieses Urteil ist auch dem Nichterschienenen gegenüber kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf Versäumnisfolgen beruht. β) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 für gegeben. Dann ist, da die Quasirestitution ipso iure (nicht, wie im Falle des § 432, bloß auf Antrag) eintritt, ein neues Urteil zu fällen, wobei die unter Eid gestellte Thatsache als unbewiesen behandelt wird. Dieses Urteil ist gegenüber dem Ausgebliebenen Versäumnisurteil und von seiner Seite mit Einspruch anfechtbar. b) Der Gegner der beweispflichtigen Partei bleibt aus. α) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 nicht für gegeben. Dann ist wie im Falle ad a α zu entscheiden. β) Das Gericht erachtet die Voraussetzungen des § 433 Abs. 1 für gegeben. Dann ist ein neues Urteil unter der Annahme zu fällen, daß die früher unter Eid gestellte Thatsache zugestanden sei. Dieses Urteil ist Versäumnisurteil gegenüber der ausgebliebenen Partei und von ihrer Seite mit Einspruch anfechtbar. Die Beschränkung der Versäumnisfolge in den Fällen ad a β und b β rechtfertigt sich daraus, daß das bedingte Endurteil durch die Thatbestände des § 433 Abs. 1 nicht vollständig, sondern nur hinsichtlich der Beweisführung der unter Eid gestellten Thatsache beseitigt wird. [Zustimmend im wesentlichen: Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Jastrow Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 778, Barkhausen eod. S. 821, Kohler Forschungen S. 59, OLG. Naumburg Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 391. AM. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 326 (gegen jedes Vers.Urt.) teilweise auch Wilm. Levy N. 6 (auf die Beweislast soll nichts ankommen), Gaupp I S. 797 (für Behandlung der Versäumnis nach Analogie des § 504 Abs. 2). Das RG. erklärte im U. v. 12. April 1889 Entsch. XXIII Nr. 85 S. 358 f. ein Versäumnisurteil zur Hauptsache für zulässig. Aus dem veröffentlichten Auszuge ist nicht ersichtlich, wie es mit der Beweislast bezüglich der unter Eid gestellten Behauptungen stand.]

Anders, wenn der Eid durch bedingtes Zwischenurteil auferlegt ist; nach einem Zwischenurteile ist bei Versäumung eines Verhandlungstermins noch das gewöhnliche Versäumnisurteil nach §§ 295, 296 möglich.

2. Zu Abs. 2: Vgl. §§ 422, 432 nebst den Bemerkungen.

3. Die Vorschriften des § 433 finden entsprechende Anwendung, wenn einer von

Digitized by Google

mehreren Schwurpflichtigen (§§ 434, 436) wegfällt oder wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht verurteilt wird. In diesen Fällen kann auch die Eidesauflage an die übrigen Schwurpflichtigen zurückgenommen oder geändert werden [vgl. Neubauer Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 86 f.].

§ 434.

Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis von Einfluß ist, muß allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. In jedem Falle bedarf es zur Zuschiebung oder zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Über die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist.

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Teile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.

Mot. S. 285, 286. KPr. S. 180, 554.

Litteratur: Hachenburg besondere Streitgenossenschaft S. 61 ff., Hellmann Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 16 ff., Wachenfeld notwendige Streitgenossenschaft S. 147 ff.

1. In allen von der Bestimmung des § 434 nicht betroffenen Fällen der Streitgenossenschaft kann der Eid von jedem und an jeden einzelnen Streitgenossen zugeschoben werden; der Streitgenosse, dem der Eid zugeschoben, ist in seiner Erklärung von dem anderen unabhängig; die Eidesleistung oder -verweigerung des einzelnen Streitgenossen hat für ihn die Folgen der §§ 428, 429; diese Folgen wirken nicht auf die anderen Streitgenossen hinüber; es sind verschiedene Urteile gegen die Streitgenossen möglich; vgl. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 58.

2. Die Vorschriften des § 434 gelten sowohl für die Fälle, in denen das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (s. Bem. Nr. 3 ad a zu § 59), als auch für die Fälle der sog. notwendigen Streitgenossenschaft (s. Bem. Nr. 3 ad b zu § 59), immer unter der Voraussetzung, daß die spezielle Thatsache, worüber der Eid zu- oder zurückgeschoben wird, für das nur einheitlich festzustellende Rechtsverhältnis (im Gegensatze zu der sog. Aktiv- oder Passivlegitimation) von Einfluß ist. Zwar scheint der Wortlaut des § 434 nur die in der ersten Alternative des § 59 angeführten Fälle zu treffen; aber auch in den Fällen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft handelt es sich um einheitlich festzustellende Rechtsverhältnisse [vgl. z. B. für den Fall der notw. Streitgenossenschaft der Miterben nach preuß. ALR. Eccius (Förster) IV § 271 (5) S. 630 f.], weshalb § 434 auch auf diese Fälle anwendbar ist. [Vgl. Gaupp I S. 798, v. Amelunxen notw. Streitgenoss. S. 58, Hachenburg a. a. O. S. 99. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Wach Kr. VJSchr. XIV S. 348. Nach Wachenfeld S. 149 f. soll § 434 in allen Fällen von Streitgenossenschaft gelten.]

Digitized by Google

Der von den mehreren Gesellschaftern geführte Prozeß einer offenen Handelsgesellschaft gehört, wenn man die Gesellschaft nicht als Rechtssubjekt und folglich die Gesellschafter nicht als gesetzliche Vertreter, sondern als Parteien betrachtet, zu den von § 434 betroffenen Fällen (vgl. Bem. Nr. 3 ad a zu § 59). Betrachtet man aber die offene Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt und folglich die prozeßführenden Gesellschafter als gesetzliche Vertreter, so würde dem § 436 gemäß der § 434 entsprechend anwendbar sein. — Steht die selbständige (im Gegensatze zur kollektiven) Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu und wird der Prozeß unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft thatsächlich nur von einem der Gesellschafter geführt (HGB. Art. 117), so muß der Eid gleichwohl an alle zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter zu- und zurückgeschoben werden. Hierfür ist es gleichgültig, ob man die Gesellschafter oder die Gesellschaft als Prozeßpartei betrachtet; denn ersterenfalls würden die Gesellschafter Streitgenossen, letzterenfalls aber würde eine Mehrheit von gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft vorhanden sein, auf die gemäß § 436 der § 434 wieder anwendbar wäre. Bestritten ist, ob, wenn Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (HGB. Art. 86 Nr 4, Art. 99), der Eid *nur* den zur Geschäftsführung berechtigten oder auch den davon ausgeschlossenen Gesellschaftern zu- und zurückgeschoben werden muß. Da die Leistung eines Parteieneides ein Akt der Prozeßführung ist, die Prozeßführung in Gesellschaftsprozessen aber den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern nicht zusteht (HGB. Art. 117), so wird man die Eidespflicht auf die von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter beschränken müssen. [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 1 zu § 436, Wilm. Levy N. 1 zu § 435, Gaupp I S. 799, v. Hahn Komm. zum HGB. 3. Aufl. Art. 117 § 3, Makower Komm. z. HGB. 9. Aufl. S. 138 Nr. 49 litt. c, Renaud das Recht der Komm.Ges. S. 380, Behrend Lehrb. d. HR. I § 74 bei N. 7 S. 526, Eccius Ztschr. f. d. g. HR. XXXII S. 17, Thiele Arch. f. c. Pr. LXXXII S. 61, ROHG. 3. Febr. 1876 Entsch. XXI Nr. 110 S. 343 ff. (vgl. a. Entsch. VI Nr. 21 S. 111, X Nr. 75 S. 335, RG. 11. Febr. 1882 SA. XXXV Nr. 231, 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 20 (beiläufig). AM. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. X S. 374, Thöl HG. (6) § 96 S. 329, Voigtel Centr. Org. NF. V S. 356 (wo auch die frühere Rechtsprechung verzeichnet ist), Wach Handb. I S. 531 und Ztschr. f. d. CPr. IX S. 433 ff., Planck Lehrb. I S. 211 N. 12, Gierke Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 600, SA. XI Nr. 196, XVIII Nr. 99, XXVI Nr. 291, XXVIII Nr. 168, XXXV Nr. 239, XXXIX Nr. 122.] Im Rechtsstreite eines Gesellschafters mit der Gesellschaft ist dieser Gesellschafter nicht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt, daher nicht schwurpflichtig [OLG. Celle SA. XLVIII Nr. 51]. Schwurpflichtig sind die Gesellschafter, die im *Zeitpunkte der Eidesleistung* zur Geschäftsführung berechtigte Gesellschafter sind. [Vgl. Behrend a. a. O. N. 7, Renaud a. a. O. S. 381, Gierke a. a. O. S. 599, ROHG. 28. Jan. 1873 Entsch. IX Nr. 5 S. 18, 3. Mai 1875 XVI Nr. 100 S. 396, 26. Juni 1886 XX Nr. 54 S. 181, RG. 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 20, OAG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXIX S. 453 f.] Beim Ausscheiden eines Gesellschafters kann § 433 anwendbar werden [RG. 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff., vgl. a. RG. 9. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 5 S. 21], während beim Eintritte eines neuen Gesellschafters eine entsprechende Ergänzung des den Eid auferlegenden Beweisbeschlusses oder Urteils stattfindet. Der Eid kann dem Gesellschafter nicht bloß über eigene Handlungen und Wahrnehmungen, sondern auch über Handlungen und Wahrnehmungen eines anderen Gesellschafters zugeschoben werden, da ein Gesellschafter Vertreter des anderen ist (vgl. jedoch Bem. Nr. 1 zu § 436). [So auch Gierke a. a. O. S. 599 N. 3, ROHG. 10. Mai 1872 Entsch. VI Nr. 21

Digitized by Google

S. 109 ff., 21. Juni 1873 X Nr. 75 S. 334 ff., RG. 2. Mai 1883 Entsch. XII Nr. 3 S. 13. AM. OLG. Kiel SA. XL Nr. 221.] Im Stadium der Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft sind die Liquidatoren und nur sie zur Prozeßführung über das Gesellschaftsvermögen berechtigt (HGB. Art. 137); daher sind sie und sie allein eidespflichtig. [Vgl. Thöl a. a. O. S. 337, ROHG. 25. Juni 1873 Entsch. X Nr. 80 S. 356 ff., 16. Jan. 1874 XII Nr. 70 S. 215 ff., 17. Febr. 1877 XXI Nr. 124 S. 389 ff., 30. März 1878 XXIII Nr. 103 S. 311 f., RG. 11. Febr. 1880 SA. XXXV Nr. 231, 29. März 1884 Jur. WSchr. 1884 S. 171 ff. AM. Gierke a. a. O. S. 601, Wach Ztschr. f. d. CPr. IX S. 451 ff.]

3. Für die in Bem. Nr. 2 erörterten Fälle gelten folgende Vorschriften:

a) Der Eid muß von allen Streitgenossen zugeschoben werden.

b) Der Eid muß allen Streitgenossen zugeschoben werden, soweit dies mit Rücksicht auf § 410 möglich ist.

c) Der Eid muß von allen Streitgenossen zurückgeschoben werden. Auch diejenigen Streitgenossen, denen der Eid nicht zugeschoben zu werden brauchte, müssen in die Zurückschiebungserklärung einstimmen.

d) Der Eid muß allen Streitgenossen zurückgeschoben werden, soweit dies mit Rücksicht auf §§ 410, 413 möglich ist. Jede diesen Sätzen ad a—d nicht entsprechende Zuschiebung oder Zurückschiebung ist ungültig.

e) Der Eid muß von allen Streitgenossen angenommen werden, denen er zugeschoben ist. Streitgenossen, denen der Eid nach § 410 nicht zuzuschieben ist, brauchen der Annahme nicht zuzustimmen und können ihr nicht widersprechen. Wird der Eid nur vom einen Teile der Delaten angenommen, von anderen aber verweigert oder (ungültigerweise!) zurückgeschoben, so kann das Gericht den Annehmenden den Eid auferlegen, wenn es die Eidesleistung noch für erheblich erachtet; es hat aber auch noch nach der Eidesleistung freie Beweiswürdigung.

f) Bei Eidesverweigerung eines Teils von mehreren schwurpflichtigen Streitgenossen finden die Vorschriften der §§ 428, 429 keine Anwendung; es greift Freiheit der Beweiswürdigung Platz. In der Durchführung wird dieser Satz mit dem Prinzipe des bedingten Endurteils kollidieren; denn es wird oft nicht möglich sein, die Konsequenzen der verschiedenen Eventualitäten von vornherein zu bestimmen.

g) Steht die Eidesverweigerung eines Teils von mehreren schwurpflichtigen Streitgenossen fest, so braucht das Gericht die übrigen nicht mehr zu beeidigen; denn, auch wenn die übrigen schwören, so hat das Gericht doch die freie Beweiswürdigung. Es kann also den Eid der übrigen schon im voraus für unerheblich erachten.

h) Leisten alle schwurpflichtigen Streitgenossen den Eid, so tritt die Wirkung des § 428 ein, auch wenn die Schwurpflichtigen nur ein Teil der Streitgenossen sind.

i) Verweigern alle schwurpflichtigen Streitgenossen den Eid, so ist zu unterscheiden: war der Eid allen Streitgenossen auferlegt, dann tritt die Wirkung des § 429 ein; traf die Schwurpflicht nur einen Teil der Streitgenossen, dann tritt die Freiheit der Beweiswürdigung ein (KPr. S. 180).

k) Stirbt ein schwurpflichtiger Streitgenosse, nachdem der andere den Eid geleistet hat, so tritt zwar das bedingte Endurteil gemäß § 433 außer Kraft, aber das Gericht kann auf Grund des geleisteten Eides die Wahrheit der beschworenen Thatsache annehmen [RG. 17. Febr. 1894 Entsch. XXXII Nr. 120 S. 426].

4. Wegen Anwendung des § 434 auf den Nebenintervenienten des § 66 s. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 66 S. 106.

Digitized by Google

§ 435.

Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.

Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern, kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gerichte auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.

Mot. S. 286. KPr. S. 180, 554.

1. Die Motive bemerken: „Die CPrO. geht davon aus, daß alle prozeßfähigen Parteien eidesfähig sind, und schreibt daher keinen Termin der Eidesmündigkeit für Parteieide vor. Auch giebt sie keine Vorschrift über Eidesunfähigkeit wegen Verstandesschwäche oder fehlender Verstandesreife."

2. Zu Abs. 1: Wegen der Prozeßfähigkeit s. §§ 50 ff. — Übersicht der Prozeßunfähigen s. Bem. Nr. 2 zu § 50 S. 72 f. Bei teilweiser Prozeßfähigkeit ist die für den konkreten Prozeß prozeßfähige Person auch eidesfähig; s. Bem. Nr. 3 zu § 50. — Über den Begriff „gesetzliche Vertreter" s. Bem. Nr. 4 zu § 50. — Für Aktiengesellschaften und Genossenschaften werden Eide durch den Vorstand geleistet (HGB. Art. 227 in d. Fass. d. RG. v. 18. Juli 1884, Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 § 26).

Dem gesetzlichen Vertreter kann der Eid zugeschoben und mit der Maßgabe des § 413 Abs. 2 zurückgeschoben werden: a) über seine eigenen Handlungen und Wahrnehmungen [vgl. RG. 15. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 73 S. 304, wo die Zuschiebung des Eides über die exc. plurium concumbentium an die als Vormünderin des unehelichen Kindes klagende Mutter für zulässig erklärt wird; ferner RG. 3. Juli 1888 XXI Nr. 32 S. 182, wo die Eideszuschiebung an den als Vertreter des minderjährigen Sohnes prozessierenden Vater darüber, daß er dem Verlöbnis des Sohnes nicht zustimmte, zugelassen wurde]; b) über Handlungen und Wahrnehmungen seiner Rechtsvorgänger in der Vertreterstellung (z. B. des früheren Vormundes, des früheren Gemeindevorstandes) und seiner Vertreter im Sinne des § 410 (vgl. Bem. Nr. 2 Ad b zu § 410); c) über eigene Handlungen und Wahrnehmungen der vertretenen Partei, z. B. dem Vormunde über Handlungen und Wahrnehmungen des Mündels, ohne Rücksicht darauf, ob diese in die Zeit der Vormundschaft fallen; d) über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und der Vertreter der vertretenen Partei. Daher kann z. B. dem Vormunde der Eid zugeschoben werden über eine an den Erblasser seines Mündels geleistete Zahlung. In dem Falle ad a hat der gesetzliche Vertreter den Wahrheitseid, sonst hat er den Überzeugungseid (§ 424 Abs. 3) zu leisten.

3. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Es wird dem verständigen Ermessen des Gerichts überlassen bleiben können, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich und zugleich für angemessener zu erachten ist, als die Eidesleistung durch den gesetzlichen Vertreter, z. B. wenn der Minderjährige den Wahrheitseid, dessen Vormund aber nur den Überzeugungseid über eine Handlung des ersteren zu schwören hat."

Nach dem amtlichen Druckfehlerverzeichnisse sind die Worte „und zugleich für angemessener" und „als die — zu schwören hat" zu streichen. Daraufhin behauptet v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 286 ff. u. Komm. Bem. Nr. 3 zu § 435, das Gericht habe nur die Zulässigkeit der Eideszuschiebung mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Minder-

Digitized by Google

jährigen ꝛc. zu prüfen, bei Bejahung der Zulässigkeit aber nicht weiter die Angemessenheit zu untersuchen. Die Worte „nach den Umständen des Falles" vertragen diese Auslegung nicht. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp I S. 802, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 323.]

Der Antrag kann in der mündlichen Verhandlung bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, gestellt werden. Zwischenurteil ist möglich, nicht notwendig. Der Antrag ist als neue Beweisantretung auch in zweiter Instanz möglich.

Analoge Anwendung des Abs. 2 des § 435 auf den Gemeinschuldner in Prozessen des Konkursverwalters [behauptet von Schultze Konk.Recht S. 96 f. N. 1, unter Zustimmung von Fitting Konk.Pr. § 7 N. 17, v. Völderndorff KO. 2. Aufl. I S. 167, Petersen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 63] ist unstatthaft; denn der Gemeinschuldner ist nicht prozeßunfähig und der Verwalter ist nicht Vertreter des Gemeinschuldners; vgl. die Citate in Bem. Nr. 2 g. E. zu § 50 S. 73. [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy KO. § 8 N. 4, Gaupp I S. 803, Hartmann Ztschr. f. d. CPr. IX S. 501.]

4. Entsprechende Anwendung findet § 435 auf den richterlichen Eid (§ 439, vgl. Bem. Nr. 1 litt. e dazu) und auf den Editionseid (§ 393 Abs. 3). Der Offenbarungseid ist von dem gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Partei zu leisten; Abs. 2 des § 435 ist nicht anwendbar (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 711).

§ 436.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschriften des § 434 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten.

CPr. E. 180, 554.

1. Der § 436 findet sowohl Anwendung auf die gemeinschaftliche (Kollektiv-) Vertretung durch mehrere Personen, z. B. auf die Vertretung der Aktiengesellschaft durch die Mitglieder des Vorstandes, als auch auf eine Mehrheit gesetzlicher Vertreter, von denen jeder zur selbständigen Vertretung befugt ist, z. B. Mitvormünder. Der Eid muß den sämtlichen Vertretern zu- und zurückgeschoben werden, auch wenn nur einer der zur selbständigen Vertretung befugten den Prozeß führt. Nur, wenn die zu beschwörende Thatsache bloß für einige oder einen der Vertreter ein factum proprium (§ 435 Bem. Nr. 2 litt. a), für die übrigen aber ein factum alienum (§ 435 Bem. Nr. 2 litt. b, c, d) ist, kann der Eid von den letzteren nicht gefordert werden. Hier ergiebt sich, wenn man die offene Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt und die Gesellschafter als dessen gesetzliche Vertreter betrachtet, eine Differenz gegenüber der in Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 434 vorgetragenen Ansicht, daß einem Gesellschafter auch über die Handlungen des anderen der Eid zugeschoben werden kann; wäre der Gesellschafter gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, so würde er in Bezug auf Handlungen und Wahrnehmungen eines anderen Gesellschafters nicht eidespflichtig sein, solange dieser andere vorhanden und schwurpflichtig ist.

2. Wird der Eid von allen gesetzlichen Vertretern geleistet, die nach § 435 schwurpflichtig sind, so wird durch Leistung des Eides voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet. Auch im übrigen findet Bem. Nr. 3 zu § 434 entsprechende Anwendung.

§ 437.

Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das

Digitized by Google

Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.

Mot. S. 286, 287. Kr. S. 180—182, 554, 693, 694. Prot. d. 168sten Sitzung S. 4 ff.

1. Die Motive bemerken: „Nach gemeinem Prozeßrechte dient der richterliche Eid zur Ergänzung oder zur Beseitigung der Ergebnisse eines unvollständigen Beweises; die Auferlegung des richterlichen Eides setzt voraus, daß eine Beweisführung erfolgt ist. Diese Auffassung, welche auch den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen — mit Ausnahme des nordd. Entw. § 633 — zu Grunde liegt, ist durch die Annahme des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung unhaltbar geworden. Denn, konsequent durchgeführt, fordert dieser Grundsatz, daß dem Richter die Befugnis erteilt werde, ohne vorgängige Beweisaufnahme, schon auf Grund der vor ihm stattgehabten Verhandlungen einen Eid aufzuerlegen [vgl. jetzt auch RG. 13. Juli 1888 SA. XLIX Nr. 64]; fordert ferner, daß wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, dem freien richterlichen Ermessen überlassen werde, zu bestimmen, welcher Partei und über welche streitige Thatsache der Eid aufzuerlegen sei. Dem entsprechend ist die Vorschrift des nordd. Entw. § 633 formuliert. Das Gesetz hat sich dieser Vorschrift im § 437 angeschlossen."

Der richterliche Eid ist nicht, wie der Haupteid, ein subsidiäres Beweismittel, das erst nach Erledigung der anderen Beweismittel in Betracht kommen könnte. Vielmehr kann es mit Hinwegsetzung über das Angebot anderer Beweismittel einen richterlichen Eid auferlegen, wenn es nach Lage der Umstände glaubt, aus dem richterlichen Eide die Überzeugung von der Wahrheit oder von der Unwahrheit der streitigen Thatsachenbehauptung gewinnen zu können. [Vgl. RG. 9. Juni 1894 SA. L Nr. 56.] In der Kk. d. RT. war beschlossen worden, den richterlichen Eid zu einem subsidiären Beweismittel zu machen. Dies wurde jedoch aufgegeben, nachdem der Bundesrat den Beschluß als mit § 259 unvereinbar beanstandet hatte (s. die ob. cit. Prot.). Das Gericht kann insbesondere auch, wenn ein Haupteid zu- oder zurückgeschoben ist, einen richterlichen Eid auferlegen. Der Haupteid tritt vor dem richterlichen Eide zurück (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 4 zu § 418; Mot. S. 287). In thesi dürfte eigentlich das Gericht, wenn die Voraussetzungen des richterlichen Eides vorliegen, auf Haupteid gar nicht erkennen [vgl. Wach Kr. VJSchr. XV S. 343]; das ist aber in praxi deswegen nicht bedeutsam, weil das Gericht vermöge der freien Beweiswürdigung es in der Hand hat, das Vorhandensein eines ihm zur Auflage des richterlichen Eides genügenden unvollständigen Beweisergebnisses zu verneinen. Immerhin setzt die Auflage eines richterlichen Eides voraus, daß, sei es aus der Verhandlung, sei es aus einer etwaigen Beweisaufnahme, irgend ein „Ergebnis", das zwar für die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache einigermaßen bedeutsam, aber doch „nicht ausreichend" ist, also ein unvollständiger Beweis oder unvollständiger Gegenbeweis vorliege. Die Gründe, die für die richterliche Überzeugung von dem Vorhandensein eines solchen Ergebnisses leitend gewesen sind, sind nach § 259 Abs. 1 in dem Urteile anzugeben. Darin liegt eine gewisse Garantie gegen den Mißbrauch der Freiheit des richterlichen Ermessens und der Eidesauflage.

2. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Beweislast werden durch die CPrO. überhaupt nicht berührt (s. o. S. 363); sie sind auch bei der Auferlegung eines richterlichen Eides zu berücksichtigen. Darum kann von einem richterlichen Eide nicht die Rede sein, wenn zu Gunsten des Beweispflichtigen kein Beweis, wohl aber einiger Beweis zu Gunsten des Gegners erbracht und der Haupteid von dem Beweispflichtigen nicht zugeschoben ist. Der Gegner des Beweispflichtigen kann dadurch, daß er einigen Gegenbeweis liefert, nicht schlechter gestellt werden, als wenn er keinen Gegenbeweis ge-

Digitized by Google

liefert hätte. Gleichwie in diesem Falle die Unwahrheit der Behauptung des Beweispflichtigen anzunehmen ist, so ist auch in jenem nach der Regel „actore non probante reus absolvitur" zu verfahren. Ist dagegen der Haupteid zulässiger Weise zugeschoben, dann kann das Gericht allerdings, wenn einiger Gegenbeweis erbracht ist, zu einem richterlichen Eide greifen; und zwar hat es freie Wahl zwischen der Auferlegung des richterlichen Eides an den Beweispflichtigen (i. purgatorium zum Gegenbeweis) oder an den Gegner (i. suppletorium zum Gegenbeweis); das Gericht kann also in diesem Falle auch zur Beseitigung oder Ergänzung eines Gegenbeweises auf richterlichen Eid erkennen. Nun heißt es in den Motiven S. 287:

„Der richterliche Eid ist seinem Zwecke nach derjenigen Partei aufzuerlegen, durch deren eidliche Versicherung der Richter die ihm noch fehlende Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag. Darauf, ob diese Partei die beweispflichtige ist oder nicht, kann es nicht ankommen. Eine Beschränkung des richterlichen Eides aus Rücksicht auf die Beweispflicht — der Ausschluß desselben, wenn er nicht der beweispflichtigen Partei auferlegt werden kann, würde von dem Standpunkte des Gesetzes aus nicht zu rechtfertigen sein."

und S. 202 der Motive ist bemerkt, daß eine Entscheidung über die Beweislast nicht erforderlich sei, wenn soviel erwiesen sei, daß das Gericht zur Auferlegung eines richterlichen Eides gelange; denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, sei von der Beantwortung der Frage, wer zu beweisen habe, unabhängig. Ob die Verfasser der Motive in der That die Ansicht vertreten wollten, daß das Gericht, auch wenn der Haupteid nicht zugeschoben ist und der Gegner des Beweispflichtigen einigen Gegenbeweis erbracht hat, zur Auferlegung des richterlichen Eides schreiten könne, mag dahingestellt bleiben. Notwendig ist es nicht, die citierte Äußerung in diesem Sinne zu verstehen; vielmehr ist wahrscheinlich, daß die Verfasser nur den regelmäßigen Fall vor Augen hatten, wo eventuell der Haupteid von dem Beweispflichtigen zugeschoben worden ist, und daß sie nur sagen wollten, in diesem Falle habe das Gericht die Wahl zwischen Auflage des Eides an den Beweispflichtigen oder an dessen Gegner — in der Sprache des früheren Prozeßrechts gesprochen: zwischen iuramentum suppletorium und purgatorium — was hervorzuheben mit Rücksicht auf die gegenteiligen Bestimmungen in Code de proc. art. 1366, 1367, bay. PrO. Art. 469 und auf hann. Prot. VIII S. 2986 ff. keineswegs überflüssig erschien. Welches aber auch die Ansicht der Verfasser der Motive gewesen sein mag, der maßgebende Gesetzestext führt nicht zu der Annahme, daß der Richter bei Auferlegung des richterlichen Eides sich über die Regeln der Beweislast und der Logik hinwegsetzen dürfe. [Zustimmend Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 805, Petersen (2) S. 664, Wach Vortr. S. 175, Planck II S. 329, Kühn Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 38 ff., Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 276 f., RG. 24. Okt. 1885 SA. XLI Nr. 140, bay. ob. VG. XL Bl. f. RA. LIX S. 374. Unrichtig Bolgiano Arch. f. c. Pr. LVIII S. 276 ff., LIX S. 212, Handb. S. 510 ff., Ztschr. f. d. CPr. II S. 101 ff., XI S. 275 ff.] — Daß ein richterlicher Eid einer Partei und nicht dem Gegner auferlegt wird, kann nicht damit begründet werden, daß diesen die Beweislast treffe [RG. 7. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 71 S. 371 ff., 8. Nov. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1174].

3. Aus den Motiven: „Hat ein Beweisaufnahmeverfahren stattgefunden, so ist der Richter bei Auferlegung eines richterlichen Eides nicht an diejenige Thatsache gebunden, welche in dem Beweisbeschlusse enthalten ist; er kann die eidliche Erhärtung einer für den Beweissatz nur *mittelbar* erheblichen Thatsache verlangen, wenn eben die Feststellung dieser Thatsache ihm die Möglichkeit gewährt, sich die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der *unmittelbar* erheblichen Thatsache zu verschaffen (vgl. nordd. Prot. II S. 1030)."

Digitized by Google

4. Aus den Motiven: „Für den richterlichen Eid besteht die Beschränkung des § 410 nicht. Dem Richter steht es frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachtet, von dieser Partei einen Eid in der Form des Überzeugungseides zu fordern. Die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eideszuschiebung (vgl. nordd. Prot. II S. 1031)."

Vgl. RG. 9. Febr. 1883 SA. XXXVIII Nr. 356, 14. Jan. 1885 Entsch. XV Nr. 87 S. 340.

Die Beschränkung auf „Thatsachen" im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 410 gilt auch für den richterlichen Eid. Ausnahme: § 260. Daß der richterliche Eid nur über die von den Parteien behaupteten Thatsachen statthaft ist, folgt aus der Verhandlungsmaxime [RG. 23. Apr. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1153].

5. In Entmündigungsprozessen ist der richterliche Eid ausgeschlossen (§§ 611 Abs. 2, 624, 626); nicht in Ehesachen (s. Bem. Nr. 4 zu § 577); nicht in dem Verfahren über die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (s. Bem. Nr. 8 zu § 261). [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 412.]

6. Aufgehoben sind landesgesetzliche Beschränkungen des richterlichen Eides (z. B. preuß. ALR. I 4 § 50, 12 § 603, 14 § 37, II 11 § 868), sowie alle landesgesetzlichen Bestimmungen, die die Auflage eines solchen Eides unter gewissen Voraussetzungen gebieten (z. B. preuß. ALR. I 16 §§ 99, 100, 106, 133, 137, 138, 390, 391 ꝛc.); vgl. EG. § 14 Nr. 2. Aufgehoben ist auch HGB. Art. 34 durch EG. § 13 Abs. 2 Nr. 2.

§ 438.

Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.

Mot. S. 287. KPr. S. 182, 554.

1. Die Vorschrift ist eine Folge der Auffassung des richterlichen Eides als eines dem richterlichen Ermessen freigegebenen Beweisbehelfs. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf die Streitgenossenschaft, in der keine einheitliche Entscheidung erfolgen muß; denn, wie das Gericht in diesen Fällen Geständnisse eines Streitgenossen gegenüber dem anderen bei der Beweiswürdigung verwerten kann (s. Bem. Nr. 2 zu § 58), so kann es auch die Entscheidung von der Eidesleistung oder -verweigerung des anderen Streitgenossen abhängig machen, wenn die zu beschwörende Thatsache den mehreren Streitgenossen gegenüber relevant ist. Einen Fall der Anwendung des § 438 s. RG. Entsch. XII S. 10 ff. Hat das Gericht allen oder einigen Streitgenossen den Eid auferlegt, so ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung anzunehmen, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt, wenn einer der Schwurpflichtigen den Eid verweigert [RG. 6. Nov. 1891 SA. XLVII Nr. 241].

2. Bei der Auferlegung des richterlichen Eides ist das Gericht nicht an die Vorschrift des § 436 Satz 2 gebunden. Es kann also einem gesetzlichen Vertreter den Überzeugungseid über Handlungen oder Wahrnehmungen des anderen auferlegen.

§ 439.

Die Bestimmungen der §§ 422—433, 435 finden auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid

Digitized by Google

zurückzunehmen, gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurteilung Kenntnis gehabt hat.

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urteil auferlegt.

Mot. S. 287. KPr. S. 182—187, 554.

1. Bei entsprechender Anwendung der §§ 422—433 ergeben sich folgende Sätze:

a) Aus § 422, 432 in Verbindung mit § 439 Abs. 2: Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt, so kann der Gegner die Zurücknahme des richterlichen Eides beantragen, auch wenn das bedingte Urteil schon rechtskräftig ist. Es macht keinen Unterschied, ob der Gegner vor der Auferlegung des Eides von der Verurteilung Kenntnis hatte oder nicht. Sind die Voraussetzungen des Antrags gegeben, so tritt Inzidentrestitution gegen das bedingte Urteil ein; die Verhandlung ist mit Beschränkung auf die unter Eid gestellte Thatsache wieder zu eröffnen. Der Eintritt dieser Restitution ist so wenig, wie im Falle des § 422, abhängig vom richterlichen Ermessen. Aber das Gericht kann aufs neue auf einen richterlichen Eid erkennen und auch dem Verurteilten, der ja durch die Verurteilung nicht unfähig zum richterlichen Eide wird, denselben Eid wie früher auflegen. Insofern ist also das Gericht nicht gebunden, dem Antrage, auch wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, eine Folge zu geben. Die Worte „so ist der Antrag — gerechtfertigt" dürfen hieran nicht irre machen. Sie drücken nur aus, daß das frühere Urteil beseitigt ist, ohne auszuschließen, daß ein neues Urteil gleichen Inhalts erlassen werde (KPr. S. 182 f.). Auf das Verfahren finden die Bem. Nr. 3, 4 zu § 432 entsprechende Anwendung. Nach Leistung des Eides ist der Antrag auf Zurücknahme des Urteils nicht mehr möglich.

§ 423 hat keinen Bezug auf den richterlichen Eid.

b) Aus § 424: Der richterliche Eid muß nach einer der Normen des § 424 auferlegt werden. Über eigene Handlungen und Wahrnehmungen im Sinne des § 410 kann der richterl. Eid sowohl als Wahrheitseid (§ 424 Abs. 1) wie als Überzeugungseid (§ 424 Abs. 2 oder 3) auferlegt werden. Über fremde Handlungen und Wahrnehmungen kann der richterl. Eid niemals als Wahrheitseid, sondern nur als Überzeugungseid (§ 424 Abs. 3) auferlegt werden. Das Gericht hat die Wahl zwischen der Norm: „Daß der Schwurpflichtige die Überzeugung erlangt habe" und der Norm „daß der Schwurpflichtige die Überzeugung nicht erlangt habe", daß die Thatsache wahr oder unwahr sei, ohne Rücksicht auf die Beweislast [RG. 5. März 1889 Entsch. XXII Nr. 46 S. 226].

c) Aus §§ 425, 426 in Verbindung mit § 439 Abs. 3: Der richterliche Eid kann nicht durch Beweisbeschluß, sondern nur durch bedingtes Zwischen- oder Endurteil, natürlich auch durch Teilurteil, auferlegt werden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Rechtskraft des Urteils, also bei Zwischenurteilen nach Maßgabe des § 426 Abs. 2 [RG. 7. März 1882 SA. XXXVII Nr. 267]. Im Zwischenstreite unter den Parteien (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 3 zu § 275) ist ein bedingtes Zwischenurteil nach § 426 Abs. 1 unzulässig, ein bedingtes Endurteil aber in Verbindung mit der bedingten Entscheidung des Zwischenstreits unter Umständen zwar möglich, aber von geringer praktischer Bedeutung (s. Bem. Nr. 2 zu § 426).

d) Die §§ 427—431, 433 passen ohne Änderung auf den richterlichen Eid. Über Anwendung des § 433 auf den richterlichen Eid vgl. RG. 6. Okt. 1882 SA. XXXIX Nr. 60.

e) Zur Anwendung des Abs. 2 des § 435 ist ein Parteiantrag nicht erforderlich.

2. Die Punkte, in denen der richterliche Eid von dem zugeschobenen Eide sich hauptsächlich unterscheidet, sind: die Beschränkungen des § 410 gelten nicht für den

Digitized by Google

richterlichen Eid (vgl. jedoch Bem. Nr. 4 Abs. 3 zu § 437); der richterliche Eid wird ohne Antrag auferlegt und kann nicht zurückgeschoben werden; an Stelle des § 434 tritt der § 438.

Elfter Titel.

Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

„Die Vorschriften der §§ 440—446 gelten sowohl für die Eide, welche die Parteien als zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid, als richterlichen Eid, Editionseid, Offenbarungseid (§§ 711, 769, 780 ff.) als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 266), als auch für diejenigen Eide, welche dritte Personen, Zeugen und Sachverständige zu leisten haben." (Mot. S. 287.)

§ 440.

Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.

Mot. S. 287, 288. KPr. S. 186, 187, 554.

1. Die Ableistung des Eides durch einen Bevollmächtigten, die unter gewissen Voraussetzungen im früheren gem. Rechte und in Partikularrechten gestattet war, ist beseitigt. — § 435 Abs. 1 enthält keine Ausnahme; denn der gesetzliche Vertreter ist selbst schwurpflichtig.

2. Ausnahmen von § 440 sind zulässig nach EG. § 5 in Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern, nicht in Ansehung der vormals reichsständischen Familien (KPr. z. EPrO. S. 756 ff., KPr. z. GVG. S. 133 ff., Sten. Ber. d. R. II Leg.Per. 4. Sess. S. 391 ff.).

§ 441.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Sitze desselben sich aufhält.

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der Wohnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte.

Mot. S. 288. KPr. S. 187, 188, 554.

1. Zu Abs. 1: Regelmäßig erfolgt die Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte. Wegen Verhinderung vgl. Bem. Nr. 4 zu § 340, wegen großer Entfernung vgl. Bem. Nr. 5 zu § 340. — Der Schwurtermin ist an der Gerichtsstelle abzuhalten, wenn nicht eine der in § 196 vorgesehenen Ausnahmen Platz greift.

2. Die Anordnung, daß die Eidesleistung nach § 441 erfolge, ist Beschluß (§ 320 Abs. 2). Wird der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt, so ist sie damit zu verbinden; weiteres Verfahren s. §§ 326, 327. Wird der Eid durch bedingtes Urteil auferlegt, so gehört jene Anordnung nicht in das Urteil, sondern ist erst nach Rechtskraft des Urteils zu beschließen [vgl. Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XV S. 14, RG. 23. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1151]; weiteres Verfahren s. §§ 326, 327. Über das Erfordernis mündlicher Verhandlung vor dem Beschlusse s. Bem. Nr. 1 zu § 320. — Entspinnt sich vor dem beauftr. oder ers. Richter ein Zwischenstreit, z. B. über Änderung der Eidesnorm (§ 431), so ist nach § 337 zu verfahren. Natürlich gilt für Eidestermine der § 322; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 322.

3. Wegen Eidesabnahme im Auslande s. §§ 328, 329, 334; speziell über Abweichung

Digitized by Google

von § 443 bei der Eidesabnahme im Auslande s. Bem. Nr. 1 zu § 334. Der § 20 des Kons.Ges. v. 8. Nov. 1867 gestattet die Eidesleistung im Auslande vor dem Reichskonsul.

4. Zu Abs. 2: Diese Ausnahme gilt im ganzen Reiche und steht nicht im Ermessen des Gerichts. Unter dem „anderen Gerichte" ist, wie in Abs. 1 des § 441 und in §§ 320, 337, 340, 399, das Amtsgericht zu verstehen (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 320). Die in der Jk. d. RT. von einem Reg.Komm. geäußerte Ansicht, nach § 441 Abs. 2 könne angeordnet werden, daß die Eidesleistung der Landesherren und der Standesherren (!) auch bei einem höheren Gerichte erfolge, ist unrichtig. Jedoch kann nach EG. § 5 die Geltung der Vorschriften der CPrO. für die Landesherren und die dort genannten Personen ausgeschlossen werden.

§ 442.

Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.

Mot. S. 288. KPr. S. 188, 554.

1. „In angemessener Weise" d. i. unter Berücksichtigung des Bildungsstandes und der Persönlichkeit des Schwurpflichtigen (Mot. S. 288).

2. „Bedeutung des Eides" d. i. nicht bloß des Schwörens, sondern auch des Schwurthemas. Der Richter hat sich durch Fragen darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die Eidesnorm richtig verstanden wird (KPr. S. 188).

3. Die Beiziehung von Geistlichen zur Belehrung ist durch § 442 ausgeschlossen. [So auch Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 811, Petersen (2) S. 668. AM. Endemann II S. 357, v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 270.]

4. Ein Sühneversuch vor der Eidesabnahme ist nicht vorgeschrieben.

§ 443.

Der Eid beginnt mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden"

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe".

Mot. S. 288. KPr. S. 188—190, 550, 551, 554, 694, 695. Prot. z. StrPrO. S. 55—58. Vgl. StrPrO. § 62.

1. Durch § 443 sind die früher üblichen, dem religiösen Bekenntnisse des Schwurpflichtigen Rechnung tragenden Eidesformeln, insbesondere auch die sog. Judeneide, beseitigt. Das konfessionelle Element ganz aus der Eidesformel zu beseitigen, wurden mehrfache Versuche gemacht. Vgl. KPr. S. 188, 189, 551, 554, 694—698. Sten. Ber. d. Reichst. II Leg. Pr. 4 Sess. S. 231 ff., S. 889 ff. Alle Anträge wurden abgelehnt und dabei die Unabänderlichkeit der Formel anerkannt. Die Erklärung des Schwurpflichtigen, nicht an einen persönlichen Gott zu glauben, enthebt ihn nicht der Pflicht, den Eid in der Formel des § 443 zu leisten. Der Zeuge oder Sachverständige, der sich weigert, den Eid in dieser Formel zu schwören, wird nach §§ 355, 374 bestraft; die Partei verwirkt die Folgen der Eidesweigerung. Die Berufung auf Verfassungsgesetze, die die Freiheit des religiösen Bekenntnisses garantieren, kann hieran nichts ändern.

Eine Eidesleistung ohne die in § 443 gebotenen Formelworte ist ungültig; Ausnahme: § 446. Dagegen wird die Eidesleistung dadurch nicht ungültig, daß außer den gebotenen Formelworten noch weitere konfessionelle Bekräftigungen, z. B. „So wahr mir Gott helfe durch Jesum Christum zur ewigen Seligkeit" u. dgl., zugefügt wurden. Doch kann niemand genötigt werden, solche zusätzliche Formelworte zu schwören, und die Weigerung, dies zu thun, gilt nicht als Verweigerung des Eides, wenn der Schwur-

Digitized by Google

pflichtige zur Eidesleistung ohne die Zusätze zu schwören bereit ist. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Löwe StrPrO. § 62 N. 2, preuß. JMV. v. 18. Dez. 1880 JMBl. S. 369 ff., RG. 24. Jan. 1884 Entsch. in StrS. X S. 1881 ff., Richter Lehrb. d. Kirch.Rechts 8. Aufl. ed. Kahl § 261 N. 26.]

2. Über Eidesleistung im Auslande ohne die Formelworte des § 443 s. Bem. Nr. 1 zu § 334.

§ 444.

Der Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet. Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.

Ist die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eidesnorm und die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittels Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Mot. S. 288. KPr. S. 190, 554, 699—701.

1. Ob die Eidesformel nachzusprechen oder abzulesen sei, entscheidet das Ermessen des Vorsitzenden. Ablesen empfiehlt sich bei Tauben und Schwerhörigen. — „Eidesorm" s. §§ 324 Nr. 4, 424, 426, 427.

2. Die Vorschrift, daß die rechte Hand bei der Eidesleistung erhoben werden soll, ist instruktionell (KPr. S. 701); deren Nichtbeobachtung beeinträchtigt die Gültigkeit der Eidesleistung nicht. Die Anwendung anderer Gebräuche bei der Eidesleistung, z. B. Niederknieen, Auflegen einer Hand auf das Evangelienbuch, Hutaufsetzen bei Israeliten ꝛc. macht zwar die Eidesleistung nicht ungültig, kann aber weder vom Gerichte noch vom Gegner verlangt werden (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 443).

3. Bei großem Umfange der Eidesnorm kann davon abgesehen werden, daß der Schwurpflichtige die Eidesnorm nachspreche oder ablese. Es genügt, wenn der Vorsitzende die Eidesnorm vorliest und der Schwurpflichtige die Eidesformel (§ 443), worin auf die Eidesnorm Bezug genommen ist, nachspricht oder abliest. — Großer Umfang der Eidesnorm kann nur bei Parteieiden vorkommen; auf Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen ist Abs. 2 des § 444 nicht anwendbar (KPr. S. 189).

4. Abs. 3 gilt im ganzen Reiche; die in EG. § 5 zugelassenen Hausverfassungen oder Landesgesetze können für die Landesherren ꝛc. des betr. Staates wieder anderes vorschreiben.

5. Wegen der Eidesleistung in fremder Sprache s. GVG. § 190.

§ 445.

Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid mittels Abschreibens und Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hülfe eines Dolmetschers durch Zeichen.

KPr. S. 190, 554. Vgl. StrPrO. § 62, Abs. 2 und 3.

Wegen Zuziehung eines Dolmetschers s. GVG. §§ 188, 191—193. — Taube leisten den Eid durch Ablesen (§§ 444 Abs. 1). Wenn sie nicht lesen können, so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nötig (GVG. § 188). Der Dolmetscher muß feststellen, daß der Eid verstanden wird. — Die Eidesleistung eines Taubstummen erfolgt, wenn schriftliche Verständigung möglich ist, nach § 445 Abs. 1, außerdem nach § 445 Abs. 2.

Digitized by Google

§ 446.

Der Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Beteuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgiebt.

Mot. S. 289. KPr. S. 190, 554. Vgl. StrPrO. § 64.

1. Vgl. StrGB. § 155 Nr. 1. — Die Bestimmungen des Landesrechts (Gesetz oder Verordnung) sind maßgebend.

2. Für Preußen: BO. v. 11. März 1829 über Eide der Mennoniten, Kab.O v. 19. Nov. 1836 über Eide der Philipponen. — Für Bayern: AG. Art. 22, BO. v. 20. Okt. 1811 über Eide der Mennoniten (Rg.Bl. S. 1601, Döllinger Verord.Samml. VIII S. 1787). — Für Württemberg vgl. Gaupp I S. 814 N. 1. Für Elsaß-Lothringen vgl. Wallmanns D. Jur.Zeit. VII S. 599. — Über Eidesleistung von Muhamedanern und Parsen s. RG. 20. Sept. 1893 Sächs. Arch. III S. 585.

Zwölfter Titel.

Sicherung des Beweises.

Litteratur: Wirsing d. Beweis z. ewigen Gedächtnis 1847, Marcus z. L. v. d. Sicherung d. Beweises, Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 365 ff.

1. Die „Sicherung des Beweises" (Beweis zum ewigen Gedächtnisse, probatio ad perpetuam rei memoriae) findet sich im früheren gem. Prozeßrechte [Wetzell Syst. § 24 bei N. 31 ff.], im preuß. Rechte (AGO. I 33), in den neueren deutschen Partikulargesetzen (Braunschw. §§ 288—298, Hannov. §§ 244—250, Oldenb. Art. 153, Baden §§ 516—520, Württemb. Art. 445—457, Bayern Art. 347—352) und den deutschen Prozeßgesetzentwürfen (preuß. Entw. §§ 826—836, sächs. Entw. §§ 496—500, hannov. Entw. §§ 311—321, österr. Entw. §§ 213—322, nordd. Entw. §§ 648—659). Die französischen Rechtsbücher erwähnen dieses Institut nicht. Die rheinische Jurisprudenz folgerte hieraus dessen Unstatthaftigkeit. In Frankreich wird aus der Nichtaufnahme dieser Bestimmung in den Code de proc. umgekehrt dessen Zulässigkeit hergeleitet [Bonnier traité des preuves tom. I § 254 Ed. III p. 324 sqq.].

Die Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises unterscheidet sich von der Beweisaufnahme im Prozesse dadurch, daß sie vor der zur Beweisaufnahme führenden Prozeßentwickelung, ja vor der Anhängigkeit eines Prozesses, und daß sie ohne Prüfung der Erheblichkeit der zu erweisenden Thatsache erfolgt.

2. Unberührt bleiben die Vorschriften des HGB. in Art. 348, 365, 407 über Feststellung des Zustandes einer Ware, eines Kommissions- oder Frachtguts, in Art. 492, 493 über Verklarung, 499 über Verkauf des Schiffes, in Art. 609, 610 über Feststellung des Zustandes eines Seefrachtguts.

3. Die Kosten der vorläufigen Beweisaufnahme trägt der Beweisführer. Wird von der Beweisaufnahme in einem Prozesse Gebrauch gemacht, so sind die erwachsenen Kosten als Prozeßkosten zu behandeln, folglich, soweit sie notwendig im Sinne des § 89 waren, vom Gegner zu erstatten, wenn er zur Tragung der Kosten verurteilt wird. [Vgl. RG. 7. März 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1168]. Kommt es nicht zu einem Prozesse, worin die Beweisaufnahme benutzt wird, so ist die Frage, ob der Beweisführer einen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten hat, nach Civilrecht zu beurteilen; besteht ein solcher Anspruch, so ist er durch Klage geltend zu machen [vgl. RG. Entsch. XIII S. 325, bei-

Digitized by Google

läufig]. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 46, 47 Nr. 9; GO. f. RA. §§ 22, 29 Nr. 1, 30 Nr. 1.

§ 447.

Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 192, 554.

1. Die Aufnahme eines Urkundenbeweises ist nicht zugelassen. Doch ist die Einnahme des Augenscheins an einer Urkunde, sowie die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen mit Bezug auf eine Urkunde, insbesondere zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit möglich (nordd. Prot. S. 694), wenn diese Beweismittel gefährdet sind. Zur Feststellung der Echtheit einer Urkunde dient auch die Feststellungsklage des § 231. Über Feststellung des Datums einer Privaturkunde s. bay. AG. Art. 88. — Auf den Beweis durch Eid ist das Verfahren zur Sicherung des Beweises nicht anwendbar.

2. Voraussetzung ist außer dem Falle des § 450 die Gefahr des Verlustes oder der Erschwerung der Benutzung. Der Beweis durch Augenschein ist z. B. gefährdet, wenn es auf Feststellung eines veränderlichen Zustandes ankommt oder wenn der Untergang der zu besichtigenden Sache bevorsteht; der Beweis durch Zeugen, wenn der Zeuge gefährlich erkrankt oder hochbejahrt oder im Begriffe ist, eine größere Reise zu unternehmen ꝛc. ꝛc. Das richterliche Ermessen hat hier Spielraum; es wurde in der JK. d. RT. abgelehnt, eine Altersgrenze (60 Jahre) zu fixieren, mit der die Verlustgefahr bei Zeugen anzunehmen sei (KPr. S. 190). Der Beweis durch Sachverständige kann aus den gleichen Gründen, wie der Zeugenbeweis, gefährdet sein, insbesondere wenn der Sachverständige zugleich sachverständiger Zeuge ist.

§ 448.

Das Gesuch ist bei dem Gerichte anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgerichte angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

KPr. S. 191, 192, 554.

1. § 448 regelt die Zuständigkeit, je nachdem das Gesuch sich auf einen anhängigen Rechtsstreit bezieht oder nicht. Im ersteren Falle ist das Gesuch regelmäßig vor dem Gerichte anzubringen, wo der Streit anhängig ist; also auch bei dem Berufungs- oder dem Revisionsgerichte, wenn der Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz anhängig ist. Dieses Gericht hat über das Gesuch zu entscheiden, kann aber die Beweisaufnahme nach §§ 337, 340 einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen. Ausnahmsweise ist wegen dringender Gefahr auch das in Abs. 2 bezeichnete Amtsgericht zuständig. Im anderen Falle ist das Gesuch bei dem in Abs. 2 bezeichneten Amtsgerichte anzubringen.

2. Das Gesuch kann in einem Schriftsatze oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden, ohne Anwaltszwang (arg. § 74 Abs. 2). Ist der Rechtsstreit anhängig, so kann das Gesuch auch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Digitized by Google

§ 449.

Das Gesuch muß enthalten:

1) **die Bezeichnung des Gegners;**
2) **die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;**
3) **die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;**
4) **die Darlegung des Grundes, welcher die Besorgnis rechtfertigt, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde. Dieser Grund ist glaubhaft zu machen.**

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 192, 193, 554.

1. Zu Nr. 1: „Gegner" — d. i. die Gegenpartei in dem anhängigen oder künftigen Prozesse. Über den Fall, daß der Gegner nicht bezeichnet werden kann, s. § 455.

2. Zu Nr. 2: Vgl. § 324 Nr. 1, 338, 342 Nr. 2.

3. Zu Nr. 3: Abweichend von § 369 ist hier die Benennung von Sachverständigen vorgeschrieben. Zu einer Augenscheinseinnahme kann das Gericht nach § 337 auch nicht benannte Sachverständige zuziehen (KPr. S. 193).

§ 450.

Mit Zustimmung des Gegners kann die beantragte Beweisaufnahme angeordnet werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 447 nicht vorliegen.

KPr. S. 195, 196, 554.

In der JK. d. RT. ward die Einfügung der folgenden Bestimmung beantragt und beschlossen:

> „Auch in anderen Fällen, als den in § 429 (jetzt § 447) bezeichneten, kann das Gericht auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen vor der mündlichen Verhandlung der Sache anordnen."

Nach den Erklärungen des Antragstellers sollte den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden, durch Antizipation der Beweisaufnahme das Beweismaterial zum ersten Verhandlungstermine herbeizuschaffen und dadurch das Verfahren selbst zu verkürzen. Als Beispiele, in denen sich ein solches Verfahren empfehle, wurden Prozesse über Schiffskollisionen und über Viehkäufe angeführt. Als Sinn des Antrags stellte der Vorsitzende fest:

> „daß die Parteien in anhängigen Prozessen schon vor der mündlichen Verhandlung die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, wenn thunlich vor Gericht, sonst vor einem Kommissar durch übereinstimmenden Antrag sollen beantragen, desgleichen die Aufnahme des Augenscheins sollen beanspruchen dürfen, vorbehaltlich jedoch der Befugnis des Gerichts, das Verlangen nach seinem Ermessen abzulehnen; und daß in obigen Fällen wenn möglich der Termin zur mündlichen Verhandlung mit dem zur Beweisaufnahme zu verbinden sei."

In der jetzigen Fassung ist die Beschränkung auf anhängige Prozesse nicht mehr enthalten (vgl. Komm.Ber. v. 19. Okt. 1876 S. 8); es darf daher obiger Konstatierung ungeachtet die Anwendung des § 450 nicht auf anhängige Prozesse eingeengt werden. [Unrichtig Marcus a. a. O. S. 367.] Auch nach einem Beweisbeschlusse ist der § 450 noch anwendbar [Schneider Arch. f. CPr. LXVI S. 288].

§ 451.

Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Digitized by Google

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatsachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 193, 554.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Die abweisende wie die stattgebende Entscheidung ist, wenn sie nicht verkündet wird, dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen. [Vgl. RG. 8. März 1884 Entsch. IX Nr. 106 S. 404.]

2. Das Gesuch kann abgewiesen werden: a) weil es den Vorschriften des § 449 nicht entspricht; b) wegen Mangels der Zuständigkeit; diese ist von Amtswegen zu prüfen; c) wegen Mangels der Voraussetzungen (§ 447); d) wegen Unzulässigkeit der Beweisaufnahme (z. B. § 341). Wegen Unerheblichkeit der Thatsache, worüber die Beweisaufnahme erfolgen soll, kann das Gesuch nicht abgewiesen werden [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 329].

3. Gegen die das Gesuch abweisende Entscheidung steht dem Gesuchsteller die Beschwerde zu (arg. § 530); gegen die bewilligende Entscheidung giebt es kein Rechtsmittel.

§ 452.

Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden, daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 193, 194, 554.

1. Die Terminsbestimmung erfolgt von Amtswegen. Die Ladung des Gegners ist Sache des Beweisführers; vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 191 S. 251 [Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 828]. Im Verfahren vor dem Amtsgerichte greift § 458 ein.

2. Im Termine ist der Beweis aufzunehmen, auch wenn weder der Beweisführer noch der Gegner erschienen ist (§ 322). Die Aufnahme des Beweises ist unabhängig von dem Nachweise der Ladung des Gegners. Diese hat nur für die Benutzbarkeit der Beweisaufnahme Bedeutung (§ 454 Abs. 2).

§ 453.

Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 554.

1. Für die Beweisaufnahme gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 320—322, 326—334, dann die besonderen über Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige, §§ 336—379. Zeugen und Sachverständige sind also, insoweit nicht gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorliegen, zu beeidigen. Prozeßgericht im Sinne des § 358 Abs. 2 ist das nach § 448 zur Entscheidung über das Gesuch um Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis zuständige Gericht, also, wenn in anhängigen Sachen das in Abs. 2 des § 448 bezeichnete Amtsgericht angegangen ist, dieses Gericht. — Übertragung der Beweisaufnahme an einen beauftragten oder ersuchten Richter ist unter den Voraussetzungen der §§ 337, 340 gestattet.

Digitized by Google

2. In dem Termine kann der Gegner des Gesuchstellers Einwendungen gegen die Zuständigkeit des Gerichts, gegen die Ordnungsmäßigkeit des Gesuchs und gegen die Zulässigkeit der angeordneten Beweisaufnahme vorbringen. Das Gericht hat über diese Einwendungen zu entscheiden, jedoch nicht nach obligatorischer mündlicher Verhandlung, sondern nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Das Gericht, das die Beweisaufnahme beschlossen hat, kann den Beschluß auch zurücknehmen; der Schlußsatz des § 451 steht nicht im Wege, da er nur die „Anfechtung" sc. durch Rechtsmittel ausschließt. Werden vor einem beauftragten oder ersuchten Richter Einwendungen erhoben, so ist nach § 331 zu verfahren, wobei unter „Prozeßgericht" das Gericht zu verstehen ist, das die Beweisaufnahme beschlossen hat. Die Zuständigkeit des beauftragten oder ersuchten Richters zur Entscheidung beschränkt sich auf die in Bem. Nr. 1 zu § 331 bezeichneten Punkte.

3. Das über die Beweisaufnahme aufzunehmende Protokoll (§ 146 N. 3, 4) bleibt bei dem Gerichte liegen, das die Beweisaufnahme beschlossen hat (KPr. S. 194). Die Beteiligten können das Protokoll einsehen und sich Abschrift davon geben lassen.

§ 454.

Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 195, 554.

1. Die Benutzung der Beweisverhandlungen in dem Prozesse ist beiden Parteien, auch der nicht im Gesuche bezeichneten, gestattet. War der Gegner des Beweisführers in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht erschienen, so hat der Beweisführer ein Recht zur Benutzung der Beweisverhandlung nur, wenn er nachweist, daß der Gegner rechtzeitig (§ 452) geladen war, oder glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei. Der Gegner kann der Benutzung widersprechen, wenn diese Voraussetzungen fehlen; dann darf das Gericht die Beweisverhandlungen nicht verwerten. [Das RG. 8. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 98 S. 411 ff. nimmt an, daß die Ergebnisse solcher Beweisverhandlungen stets als „Indizien" verwertet werden dürfen; das ist eine offenbare Umgehung des Gesetzes.] Der Widerspruch wird aber ausgeschlossen, wenn er nicht rechtzeitig im Sinne des § 267 vorgebracht ist.

2. Werden die Beweisverhandlungen im Prozesse benutzt, so stehen dem Gegner alle Einwendungen, insbesondere Beweiseinreden zu, einerlei ob er der Beweisaufnahme beiwohnte oder nicht. Das Gericht kann in dem Prozesse auf Antrag oder von Amtswegen die nochmalige Aufnahme oder die Ergänzung des zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen Beweises anordnen (nordd. Entw. § 656). Nach dem Grundsatze des § 259 kann das Gericht aber auch den Antrag auf nochmalige Aufnahme oder Ergänzung ablehnen, wenn seine Überzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Thatsache feststeht.

3. Die Beweiskraft der Beweisverhandlungen ist nicht, wie nach dem kanonischen Rechte (c 5 X. in lite non cont. 2, 6), auf eine bestimmte Zeit beschränkt.

§ 455.

Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Ge-

Digitized by Google

ſuch nur dann zuläſſig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne ſein Verſchulden außer ſtande ſei, den Gegner zu bezeichnen.

Wird dem Geſuche ſtattgegeben, ſo kann das Gericht dem unbekannten Gegner zur Wahrnehmung ſeiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter beſtellen.

Mot. S. 289, 290. KPr. S. 194, 195, 554.

1. Den Gegner zu bezeichnen iſt z. B. dann unmöglich, wenn es ſich um die Feſtſtellung einer Beſchädigung handelt, deren Urheber zur Zeit noch nicht ermittelt iſt.

2. Wird dem nicht bezeichneten Gegner ein Vertreter beſtellt, ſo iſt dieſer zu laden. Die Benutzbarkeit der Beweisverhandlung hängt in dieſem Falle von § 454 Abſ. 2 ab.

3. Die Beſtellung des Vertreters iſt gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 9). Wegen Anwaltsgebühren ſ. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6. Die Koſten für die Vertretung fallen dem Geſuchſteller einſtweilen zur Laſt. Vgl. Bem. Nr. 3 vor § 447.

Zweiter Abſchnitt.
Verfahren vor den Amtsgerichten.

1. Litteratur: Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 489 ff.; Goldenring der amtsgerichtl. ordentl. CPr. 1879. Vgl. a. Gründler: Iſt der Amtsgerichtsprozeß in ſeiner jetzigen Geſtalt lebensfähig? 1879 (enthält eine größten Teils ungerechte Kritik); dagegen Bierhaus Ztſchr. f. d. CPr. II S. 132 ff. (Replik von Gründler eod. III S. 263 f.), Koffka Mag. f. DR. I S. 83, Göring eod. S. 186 ff. Vgl. a. Bähr, Noch ein Wort zum deutſchen CPr. S. 53 ff.

2. Nach RG. über die Konſulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 15 regelt ſich das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten vor dem Konſul ſowie vor dem Konſulargerichte nach den Beſtimmungen der CPrO. über das Verfahren vor den Amtsgerichten mit der Maßgabe, daß auch die Vorſchriften der §§ 313 ff. der CPrO. Anwendung finden. Nach RG. betr. die Rechtsverhältniſſe der deutſchen Schutzgebiete in der Redaktion d. Bekannt. v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 2 beſtimmt ſich das gerichtliche Verfahren für die Schutzgebiete nach den Vorſchriften des Geſetzes über die Konſulargerichtsbarkeit. Vorbehalten ſind in § 3 Nr. 8 und 9 gewiſſe Abänderungen durch Kaiſ. Verordnung. Solche Verordnungen ſind zuſammengeſtellt im preuß. JMBl. 1891 S. 129 und in der Ztſchr. f. d. CPr. XI S. 157, XII S. 197, XIV S. 214; dazu RGBl. 1888 S. 211, RGBl. 1890 S. 55 u. S. 171, RGBl. 1891 S. 1.

3. Nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 24 finden auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorſchriften der CPrO. entſprechende Anwendung, ſoweit nicht in dem cit. Geſetze beſondere Beſtimmungen getroffen ſind.

§ 456.

Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorſchriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, ſoweit nicht aus den allgemeinen Beſtimmungen des erſten Buchs, aus den nachfolgenden beſonderen Beſtimmungen und aus der Verfaſſung der Amtsgerichte ſich Abweichungen ergeben.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 196, 554.

1. Die Motive bemerken: „Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorſchriften über das Verfahren bei den Landgerichten Anwendung, ſoweit nicht

Digitized by Google

1) aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs (vgl. §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 192, 194, 221),
2) aus den besonderen Bestimmungen der §§ 457—471,
3) aus der Verfassung der Amtsgerichte (vgl. §§ 45, 131, 147, 149, 469)

sich Abweichungen ergeben.

Die sub 2 beregten Abweichungen lassen sich im allgemeinen darauf zurückführen, daß in dem Verfahren vor den Amtsgerichten eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§§ 74, 75), daß ferner eine Verpflichtung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht besteht (§ 120), daß endlich in diesem Verfahren Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts erfolgen können (§§ 154, 179)."

2. Dem Amtsrichter stehen alle Befugnisse zu, die das Gesetz dem Vorsitzenden beilegt.

§ 457.

Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 196, 554.

1. Im Verfahren vor den Amtsgerichten giebt es drei zur Wahl stehende Formen der Klagerhebung. Erstens: die Klage kann, wie im Verfahren vor den Landgerichten, bei dem Gerichte schriftlich eingereicht und nach Bestimmung des Termins dem Beklagten zugestellt werden. Zweitens: die Klage kann zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht, und das Protokoll nach Bestimmung des Termins dem Beklagten zugestellt werden (§ 457). Drittens: die Klage kann an einem ordentlichen Gerichtstage bei Erscheinen beider Parteien ohne Ladung und Terminsbestimmung durch mündlichen Vortrag erhoben werden (§ 461). In dem ersten und dem zweiten Falle treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Zustellung der Klageschrift oder des Protokolls, im letzten Falle mit dem mündlichen Vortrage der Klage ein. Der Entwurf enthielt als vierte Form die Aufnahme der Klage in die Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers (vgl. Code de proc. art. 415, bay. PrO. Art. 501, preuß. Entw. § 573, hann. Entw. § 465). In der JK. d. RT. wurde diese Form der Klage gestrichen (KPr. S. 196—200).

2. Für die Klageschrift wie für das Klageprotokoll gelten die Vorschriften des § 230. Wegen Terminsbestimmung s. § 233 und Bem. Nr. 1 dazu, ferner Bem. Nr. 2 zu § 193.

§ 458.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 196, 554.

1. Vgl. § 154. Erklärt der Kläger bei der Einreichung der schriftlichen Klage oder bei der Protokollierung dem Gerichtsschreiber, die Zustellung der Klage selbst besorgen zu wollen, so legt der Gerichtsschreiber bloß die Klageschrift oder das Protokoll dem Vorsitzenden vor; damit ist seine Thätigkeit beendigt; es ist Sache des Klägers, die Klage nach erfolgter Terminsbestimmung abzuholen und zustellen zu lassen. Giebt aber der Kläger jene Erklärung nicht ab, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der schriftlich eingereichten oder zu Protokoll erklärten Klage zu sorgen.

2. Der Gerichtsschreiber kann einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen (§§ 152 Abs. 2, 154) oder unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen (§ 179). In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Beglaubigung der Abschriften erfolgt durch den

Digitized by Google

Gerichtsschreiber. Die Zustellungsurkunde geht an den Gerichtsschreiber zurück. Es ist Sache des Klägers, sich nach dem Termine zu erkundigen und die Zustellungsurkunde bei dem Gerichtsschreiber abzuholen. Um ein Versäumnisurteil gegen den Kläger erlangen zu können, braucht der Beklagte nicht nachzuweisen, daß der Kläger von dem Termine Nachricht erhalten habe. Der Geladene muß nur den Nachweis seiner Ladung erbringen. Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 300. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 825, Kurlbaum Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 202, Fischer eod. XXV S. 822.]

3. Das Original des Klageprotokolls ist bei der Zustellung zu benutzen und mit der Zustellungsurkunde dem Kläger zu behändigen. [Vgl. Wilm. Levy N. 1 Abs. 4, Gaupp I S. 823, Petersen (2) S. 682. AM. Struckm. Koch N. 2.] Bei Gericht soll nach § 124 eine Abschrift hinterlegt werden; doch ist die Beobachtung dieser Vorschrift nicht wesentlich.

§ 459.

Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reiche erfolgt; in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat das Gericht bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 196, 554.

1. „Einlassungsfrist": s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. c vor § 191; Berechnung der Frist: eod. Ziff. I a. E. (S. 255); Abkürzung s. § 204. Auch die Fristen des § 459 können noch abgekürzt werden.

2. „Meß- und Marktsachen": s. § 30 und Bem. Nr. 2 zu § 234.

3. „Ausland": s. Bem. Nr. 1 zu § 182. Zustellung im Auslande: s. §§ 182 ff.

4. Bei Zustellung der Klage durch öffentliche Bekanntmachung gelten die §§ 186 ff. Wegen des Zeitpunkts der Zustellung s. § 189. Für die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ist in § 459 keine besondere Einlassungsfrist bestimmt. Es gilt, abgesehen von Meß- und Marktsachen, die einwöchige Einlassungsfrist als die Normalfrist.

5. Die in § 459 bestimmten Einlassungsfristen gelten nur für die erste Instanz; vgl. Bem. zu § 481.

§ 460.

Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolls erhoben.

Mot. S. 292. KPr. S. 196—200, 554.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 457; dann § 230 Abs. 1 nebst Bem. Nr. 1 dazu.

§ 461.

An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Mot. S. 291, 292. KPr. S. 200, 554.

1. „An ordentlichen Gerichtstagen" d. i. an den regelmäßig vorausbestimmten Tagen, an denen das Amtsgericht Sitzungen zur Verhandlung von Civilsachen abzuhalten pflegt (nordd. Prot. S. 1060), innerhalb der gewöhnlichen Gerichtsstunden.

2. Das Gericht muß die ohne Ladung und Terminsbestimmung erschienenen Parteien an den ordentlichen Gerichtstagen verhandeln lassen, wenn dazu nach Erledigung der auf

Digitized by Google

den Terminstag angesetzten Sachen noch Zeit ist. Die angesetzten Sachen gehen vor. Hat die Verhandlung durch den mündlichen Vortrag der Klage begonnen, so kann die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung auch von Amtswegen erfolgen (§ 206). Vertagung vor Beginn der Verhandlung hat nur Bedeutung, wenn auch in dem neuen Termine beide Parteien erscheinen. Bleibt eine der Parteien aus, so kann kein Versäumnisurteil gegen sie ergehen, weil noch keine Rechtshängigkeit eingetreten war; denn diese beginnt erst mit dem mündlichen Vortrage der Klage.

3. Die Feststellung der Klage erfolgt nach § 470 durch das Sitzungsprotokoll, insoweit das Gericht am Schlusse der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 470). Also bleibt die Klage ohne jede schriftliche Fixierung, wenn ohne Beweisbeschluß ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt wurde. Die Klage steht nur auf der Erinnerung des Richters. Das kann im Falle der Versäumnis des späteren Termins bedenklich werden; denn ein Versäumnisurteil ist nur möglich, wenn der Richter sich der früher vorgetragenen Klage noch erinnert. Aber es ist keine Ausnahme von der Vorschrift des § 470 vorgesehen und es besteht auch bei der geringen praktischen Bedeutung des § 461 kein Bedürfnis danach. [Vgl. Gaupp I S. 826 f., Hellmann Lehrb. S. 611, Planck II S. 140, Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 404, der übrigens ein Versäumnisurteil im Fortsetzungstermine für unzulässig erachtet. Dagegen verlangen protokollarische Feststellung: Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 682, Fitting Lehrb. (7) § 77 N. 7 S. 502.]

4. In § 35 des RG. betr. die Gewerbegerichte v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) ist die Vorschrift des § 461 mit dem Zusatze reproduziert, daß die Klage zu Protokoll festzustellen sei, wenn die Sache streitig bleibt.

§ 462.

Die Vorschriften der §§ 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urteils, über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, oder wenn eine Intervention oder Streitverkündung erfolgen soll.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 205, 554.

1. Die im Laufe eines anhängigen Prozesses im Parteibetriebe auszuführenden Ladungen und Zustellungen können nach Wahl der Parteien entweder durch Einreichung eines Schriftsatzes zum Zwecke der Terminsbestimmung oder durch protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber eingeleitet werden. Im einen wie im anderen Falle ist § 458 anwendbar.

2. Als Veranlassung zur Ladung im Laufe eines Prozesses sind im Gesetze angeführt: Zwischenstreit ꝛc. sowohl mit einem Dritten wie unter den Parteien (s. Bem. Nr. 1, 3 zu § 275), Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urteils (§§ 291, 292), Einspruch (§§ 303 ff.), Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 211 ff.), Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens (§§ 217 ff.). Die Aufzählung ist nicht erschöpfend; § 462 gilt z. B. auch für die Ladungen nach den §§ 300, 302, 316, ebenso für die Fälle, wo zwar nicht zu laden, aber ein auf Ansuchen bestimmter Termin von einer Partei an die andere bekannt gegeben wird (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III und IV vor § 191 S. 250 f.). — Ladungsfrist s. § 194.

Digitized by Google

3. Keine Ladung enthalten die Nebenintervention (§§ 61 ff.) und die Streitverkündung (§ 69). Auch auf diese Akte finden die Vorschriften der §§ 457, 458 Anwendung.

§ 463.

Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihre Anträge und Erklärungen, auf welche sie ohne vorgängige Mitteilung voraussichtlich eine Erklärung in einer mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers mitgeteilt werden.

Diese Mitteilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

Mot. S. 290, 291. KPr. S. 205, 554.

1. Obwohl im amtsgerichtlichen Verfahren die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorgeschrieben ist, können doch auch hier vorgängige Mitteilungen stattfinden und sind vorbereitende Mitteilungen wegen der auch für dieses Verfahren geltenden Vorschriften der §§ 245, 300 Nr. 3 nach Umständen nötig. Für derartige Mitteilungen läßt § 463 die protokollarische Erklärung vor dem Gerichtsschreiber und die Zustellung dieses Protokolls zu (§ 458 ist auch darauf anwendbar), ja sie entbindet diese Mitteilungen (auch die zu Protokoll gegebenen) von den Formvorschriften des § 121 und von der Beobachtung der Zustellungsformen (§§ 173 ff.). Es können also derartige Mitteilungen von der Partei selbst niedergeschrieben und formlos, z. B. durch Brief, dem Gegner zur Kenntnis gebracht werden. Die Vorschrift des § 162 über Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten gilt übrigens auch für derartige Mitteilungen im amtsgerichtlichen Verfahren.

2. Ist der Gegner zu laden oder ist ihm ein Termin bekannt zu geben, so findet § 462, aber nicht § 463 Abs. 2, Anwendung. Auch darf aus § 463 Abs. 2 nicht die Zulässigkeit einer formlosen Intervention oder Streitverkündung gefolgert werden; denn diese Prozeßhandlungen sind in § 462 angeführt.

§ 464.

Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen.

Mot. S. 133, 134, 298. KPr. S. 205, 554.

§ 464 erweitert die Pflichten und Rechte des Gerichts im amtsgerichtlichen Verfahren über die in §§ 127, 130 gezogene Grenze. Das Amtsgericht hat auch dahin zu wirken, daß die Parteien die sachdienlichen Anträge stellen. Die Erweiterung wird in den Motiven S. 133 f. damit begründet, daß vor den Amtsgerichten „vielfach Personen verhandeln, die der Rechte unkundig sind"; die Verhandlungsmaxime wird dadurch nicht verletzt: „denn sie schließt nicht aus, daß das Gericht dahin wirkt, daß dem Parteivorbringen die rechte Form gegeben, aus dem Parteivorbringen der rechte Schluß gezogen werde." (Mot. S. 134.)

Die Bedeutung der Erweiterung liegt hauptsächlich auf dem Gebiete der prozeßrechtlichen Anträge. Was der Kläger verlangen und inwieweit der Beklagte den Anspruch anerkennen oder bekämpfen will, das ist Sache der Parteien und darein hat auch der Amtsrichter trotz dem § 464 nichts zu reden. Wohl aber hat der Amtsrichter nach § 464 das Recht und die Pflicht, die Parteien auf ihre Befugnis zu prozessualischen Anträgen, z. B. zum Antrag auf Zurückweisung einer Klagänderung, auf Kostenkaution, auf Zurückweisung verspäteter Beweismittel, auf Urkundenedition ꝛc. ꝛc. aufmerksam zu machen. Diese Ver-

Digitized by Google

pflichtung des Einzelrichters zur Belehrung der Parteien über ihre prozessualischen Befugnisse verträgt sich sehr wohl mit der gemeinrechtlichen Auffassung des Richteramts [vgl. Wach Vortr. S. 54]. Natürlich soll der Richter seines Amtes unparteiisch walten und beiden Parteien mit Belehrung behülflich sein.

§ 465.

Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist.

Ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 293. RPr. S. 205—208, 554.

1. Über den Begriff „prozeßhindernde Einrede" s. Bem. Nr. 2 zu § 247. Die Behandlung der sog. prozeßhindernden Einreden im Amtsgerichtsprozesse ist von deren Behandlung im Landgerichtsprozesse in folgenden Punkten verschieden:

a) Für den Amtsgerichtsprozeß gilt nicht das Gebot, die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen (s. § 247 Abs. 1).

b) Es gilt nicht das Gebot (§ 247 Abs. 1), die prozeßhindernden Einreden vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Daher können auch die prozeßhindernden Einreden, auf die der Beklagte verzichten kann, ohne die Voraussetzungen des § 247 Abs. 3 nach der Einlassung bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, geltend gemacht werden. Eine durch § 39 gebotene Ausnahme gilt für die Einrede der sachlichen oder örtlichen Unzuständigkeit. Innerhalb der durch § 40 Abs. 2 gezogenen Grenze ergiebt sich auch im amtsgerichtlichen Verfahren aus der Einlassung ohne Rüge der Unzuständigkeit die Zuständigkeit des Gerichts und folglich die Unmöglichkeit, später noch die Zuständigkeit zu bestreiten. Daß die Rüge der Unzuständigkeit auch nicht aus dem Restitutionsgrunde des § 247 Abs. 3 nachgeschleppt werden kann, s. Bem. Nr. 11 zu § 247.

c) Im amtsgerichtlichen Verfahren hat der Beklagte nicht die Befugnis, auf Grund prozeßhindernder Einreden die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern. Verweigert er sie dennoch, so läuft er Gefahr, daß das Gericht bei Verwerfung der Prozeßeinreden auf Antrag gegen ihn das Versäumnisurteil erläßt; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298, wo auch abweichende Ansichten erwähnt sind. Hat jedoch das Gericht die abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden angeordnet, dann kann der Beklagte zunächst gar nicht zur Hauptsache verhandeln und riskiert also auch bei Verwerfung der Prozeßeinreden keine Versäumnisfolgen. Über das eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Zwischenurteil und dessen Anfechtbarkeit s. Bem. Nr. 3 zu § 248.

2. Abs. 2 des § 465 wurde in der JK. d. RT. eingeschaltet, „um rechtsunkundige Parteien gegen allzustrenge Handhabung des § 39 zu schützen". Die Vorschrift betrifft nur die sachliche Unzuständigkeit (s. § 1). Da die Prorogation bei vorbehaltloser Einlassung auch eintritt, wenn der Beklagte auf die Unzuständigkeit nicht aufmerksam gemacht worden war, so hat die Belehrung des Beklagten nur einen Sinn vor dessen Verhandlung zur Hauptsache.

Digitized by Google

§ 466.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig.

KPr. S. 7, 15, 80, 81, 207, 499, 554.

1. Der in der Nk. d. RT. eingefügte § 466 entspricht dem § 249. Er betrifft die Fälle, wo die Unzuständigkeit ausgesprochen wird, weil die amtsgerichtliche Zuständigkeit weder aus GVG. § 23 Nr. 1 oder 2 (vgl. auch GVG. § 70) noch aus CPrO. § 39 begründet ist. Die Bem. Nr. 1—4 zu § 249 finden hierher entsprechende Anwendung. Mit der Ladung ist die Aufforderung zur Anwaltsbestellung zu verbinden, wenn die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt (§ 192). Die Verweisung kann nur an das übergeordnete Landgericht erfolgen. Daß das die Verweisung aussprechende Urteil den Kläger in die Kosten des bisherigen Prozesses verurteilen muß, ergiebt Bem. Nr. 3 zu § 249. [Vgl. Kleiner Bl. f. RA. XLV S. 241 ff., 369 ff. sowie Ztschr. f. d. CPr. XI S. 324.] Wegen Verweisung an die Kammer für Handelssachen s. GVG. § 102 Abs. 2.

2. An ein Gewerbegericht kann das Amtsgericht nicht verweisen. [Vgl. Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 744 gegen Mugdan Reichsges. betr. die Gewerbegerichte § 26.]

§ 467.

Wird in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des § 253 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt.

Mot. S. 293, 294. KPr. S. 208, 499, 500, 554.

Litteratur: Köhler Arch. f. c. Pr. LXXIII S. 245 ff.

1. Durch Widerklage nach § 33 oder nach § 253 (Präjudizialinzidentwiderklage) oder durch Erweiterung des Klagantrags nach § 240 Nr. 2, 3 oder nach § 253 (Präjudizialinzidentklage) kann in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse ein Anspruch erhoben werden, der nach dem Werte des Streitgegenstandes oder nach seiner Art (vgl. GVG. § 70) zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehört. In diesem Falle gebietet der § 467, daß das Amtsgericht auf Antrag seine Unzuständigkeit zur Entscheidung des ganzen, die Klage und die Widerklage, die ursprüngliche und die erweiterte Klage betreffenden Rechtsstreits ausspreche und den ganzen Rechtsstreit an das Landgericht verweise, in dessen Bezirke das Amtsgericht seinen Sitz hat. Das Amtsgericht kann nicht anordnen, daß die Klage und die Widerklage in getrennten Prozessen verhandelt werden. — Die Voraussetzungen der Verweisung sind:

a) Die Widerklage oder die Erweiterung des Klagantrags muß zulässig sein. Ist

Digitized by Google

die Widerklage unzulässig (s. Bem. Nr. 3, 4 zu § 33, Bem. Nr. 3, 4 zu § 253), so ist sie durch absolutio ab instantia zurückzuweisen; über die Klage ist vom Amtsgerichte zur Sache zu entscheiden. Ist die versuchte Erweiterung des Klagantrags, weil sie nicht unter § 240 Nr. 2, 3 fällt, oder als Präjudizialzusatzklage nach § 253 unzulässig, so ist die Klage, soweit sie über die ursprüngliche Klage hinausgeht, ebenfalls durch abs. ab inst. zurückzuweisen; über die Klage in ihrem ursprünglichen Umfange hat das Amtsgericht sachlich zu entscheiden.

b) Für die Widerklage und für die als Zusatzklage erhobene Präjudizialklage muß ein Gerichtsstand bei dem Amtsgerichte und folglich auch bei dem übergeordneten Landgerichte begründet sein. Insoweit der Gerichtsstand der Widerklage nicht Platz greift (darüber s. Bem. Nr. 3 litt. e, g zu § 33) und insoweit bei dem Landgerichte kein Gerichtsstand für die Präjudizialklage besteht (darüber s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 253), ist keine Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht möglich, sondern es ist die Widerklage oder die Zusatzklage durch absolutio ab instantia zurückzuweisen und über die ursprüngliche Klage sachlich zu entscheiden. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 833, Petersen Ztschr. f. d. CPr. II S. 192 ff., Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 398 ff. u. Hdb. I S. 488 f., Fitting Arch. f. c. Pr. LXIII S. 247, 249 f., Wernz Ztschr. f. R. u. LR. III S. 341, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 107 ff. AM. Hellmann Lehrb. S. 145, Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 31 ff. In § 467 ist doch keine Bestimmung über den Gerichtsstand enthalten!]

c) Es muß von einer Partei der Antrag auf Verweisung an das Landgericht vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache gestellt sein. Der Widerkläger und der seine Klage nach § 240 Nr. 2, 3 oder durch Präjudizialklage erweiternde Kläger kann den Verweisungsantrag dem Vortrage der Widerklage oder der Klagerweiterung in dem Verhandlungstermine unmittelbar anreihen. Er kann den Antrag nicht mehr stellen, sobald der Gegner, ohne die Unzuständigkeit des Amtsgerichts zu rügen, zur Hauptsache (materialia causae) mündlich verhandelte; denn durch die vorbehaltlose Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist nach §§ 39, 465 Abs. 1 das Amtsgericht zur Verhandlung und Entscheidung des ganzen Rechtsstreits zuständig geworden. Der Gegner, d. i. der Widerbeklagte oder der mit der erweiterten Klage Verklagte, muß den Verweisungsantrag in Verbindung mit der Rüge der Unzuständigkeit in dem Verhandlungstermine stellen, bevor er zur Hauptsache der Widerklage oder der Klagerweiterung verhandelt. Da er nach § 465 Abs. 3 nicht befugt ist, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, so muß er an die Unzuständigkeitseinrede und den Verweisungsantrag die eventuelle Einlassung zur Hauptsache anreihen, es wäre denn vom Gerichte die abgesonderte Verhandlung über die sog. Einrede angeordnet. Er kann den Verweisungsantrag nicht mehr stellen, nachdem er ohne vorherige Rüge der Unzuständigkeit zur Hauptsache bezüglich der Widerklage oder der Klagerweiterung verhandelt hat; denn durch die vorbehaltslose Verhandlung zur Hauptsache ist nach §§ 39, 465 Abs. 2 das Amtsgericht zur Verhandlung und Entscheidung des ganzen Rechtsstreits zuständig geworden. Der Widerbeklagte und der mit der erweiterten Klage Beklagte kann die Einrede der Unzuständigkeit ohne gleichzeitigen Antrag auf Verweisung an das Landgericht geltend machen. In diesem Falle hat der Gegner immer noch das Recht, die Verweisung zu beantragen. Unterläßt er dies, so ist die Widerklage (und zwar allein) oder die nach § 243 Nr. 2, 3 erweiterte Klage (und zwar ihrem ganzen Betrage nach!) oder die Präjudizialzusatzklage (und zwar diese allein!) ohne Verweisung wegen Unzuständigkeit abzuweisen. Bei Unzulässigkeit der Prorogation an das Amtsgericht (§ 40 Abs. 2) muß das Amtsgericht von Amtswegen die Widerklage ꝛc. ꝛc. abweisen und zwar, solange kein

Digitized by Google

Verweisungsantrag gestellt ist, ohne Verweisung. [Vgl. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 398 ff., Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 108, Gaupp I S. 513, 833. AM. Baron Ztschr. f. d. CPr. I S. 31 ff.] Bei Unzulässigkeit der Prorogation kann übrigens die Verweisung auch noch *nach* der weiteren Verhandlung zur Hauptsache beantragt werden; denn in diesen Fällen trifft der Grund der zeitlichen Beschränkung des Verweisungsantrags, d. i. die nach §§ 39, 465 eintretende Prorogation, nicht zu.

2. Die Verweisung erfolgt durch Urteil. Gegen dieses Urteil ist Berufung zulässig [vgl. S. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 11]. — Wegen Fortdauer der Rechtshängigkeit vgl. Bem. Nr. 4 zu § 249, die hierher entsprechend anzuwenden ist. Die Fortdauer der Rechtshängigkeit hat hier so wenig, wie bei den Verweisungen nach § 249 oder § 466, zur Folge, daß alle vor der Verweisung liegenden Prozeßhandlungen für das nachfolgende Verfahren fortwirken; denn indem das Amtsgericht seine Unzuständigkeit ausspricht, erklärt es, daß diese Prozeßhandlungen vor einem unzuständigen Gerichte vorgenommen wurden und daher ungültig sind. Nur die Klagerhebungen wirken fort, wie sich aus der im Gesetze ausdrücklich angeordneten Fortdauer der Rechtshängigkeit ergiebt. [Abw. Gaupp I S. 834 und Struckm. Koch (6) N. 3. Dagegen Wilm. Levy (6) N. 3.] Wegen Aufforderung zur Anwaltsbestellung s. § 192. Wegen Verweisung an die Kammer für Handelssachen s. GVG. §§ 102 Abs. 2, 103. [Vgl. a. Wach Arch. f. c. Pr. LXII S. 403 f.]

3. In der Berufungsinstanz ist die Verweisung an das zuständige Landgericht, d. i. also an dasselbe Landgericht als erste Instanz, auszusprechen, wenn dem in der ersten Instanz rechtzeitig gestellten Verweisungsantrage in dieser Instanz mit Unrecht nicht entsprochen war; ferner, wenn in der zweiten Instanz ein Verweisungsantrag rechtzeitig gestellt wird. Dieses kann aber nur geschehen, wenn entweder die Prorogation ausgeschlossen war (GVG. § 70) oder wenn die Erweiterung erst in der zweiten Instanz erfolgte. Darüber s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 491.

4. Nach Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 105 Abs. 2 (§ 123) hat das Amtsgericht die sämtlichen Prozesse, in denen die Berechnung über die Beitragspflicht der Genossen von diesen angefochten wird, durch Beschluß an das vorgesetzte Landgericht zu verweisen, wenn der Streitgegenstand eines Prozesses die sonst für die Zuständigkeit der Amtsgerichte geltende Summe übersteigt, sofern eine Partei in einem solchen Prozesse vor der Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt. Gegen diesen Beschluß findet die sofortige Beschwerde statt. Die Notfrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses. Ist der Beschluß rechtskräftig, so gelten die Streitsachen als bei dem Landgerichte anhängig. Die in dem Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt und gelten als Kosten einer Instanz.

§ 468.

Wegen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist.

KPr. S. 207, 208, 554.

Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 404. — Daß die Aufforderung zu Protokoll festgestellt werde, ist nicht nötig; es genügt die Konstatierung im Thatbestande (vgl. Bem. zu § 420).

§ 469.

Die Vorschriften der §§ 269, 313—319 finden auf das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung.

Mot. S. 294. KPr. 208—213, 554, 685, 686, 701.

Digitized by Google

Der § 269, worin die Verlesung der Anträge vorgeschrieben ist, ist im Verfahren vor den Amtsgerichten nicht anwendbar, weil keine vorbereitenden Schriftsätze notwendig sind. Das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen (§§ 313—319) kann hier nicht beschlossen werden, weil das Verfahren sich ohnehin vor einem Einzelrichter abspielt.

§ 470.

Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.

Geständnisse, sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.

Mot. S. 294, 295. KPr. S. 208—213, 554, 555, 701, 702. Prot. d. 168. Sitz. S. 6.

1. Der § 470 ergänzt für den Amtsgerichtsprozeß den § 146 Nr. 2 und tritt an Stelle der §§ 269, 270. Die Vorschriften der §§ 145, 146 Nr. 1, 3—6 sind durch § 470 nicht berührt.

2. Soweit nicht die Vorschriften des § 146 Nr. 1 oder des § 470 Abs. 2 eingreifen, ist die protokollarische Feststellung von Anträgen und Erklärungen der Parteien im Verfahren vor den Amtsgerichten nicht geboten, sondern dem Ermessen des Gerichts überlassen. Ob und was protokolliert werden soll, hat das Gericht erst bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht, zu erwägen; vor diesem Zeitpunkte soll, immer mit Ausnahme der nach §§ 146, 470 Abs. 2 gebotenen Feststellungen, überhaupt nichts protokolliert werden. [Vgl. Gaupp I S. 837, Wach Vortr. S. 35 ff., Lippmann Arch. f. c. Pr. LXV S. 401 ff. Abw. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, die den § 470 Abs. 1 dahin verstehen, daß vor dem angegebenen Zeitpunkte nicht protokolliert zu werden brauche.] Dadurch wird verhütet, daß die Verhandlung durch Feststellungen zu Protokoll unterbrochen wird und daß das Verfahren den Charakter eines protokollarisch-mündlichen annimmt. Regelmäßig wird ein Bedürfnis nach protokollarischen Feststellungen nur eintreten, wenn ein Beweisbeschluß ergeht. Bei sofortiger Urteilsfällung ist die Protokollierung von Anträgen und Erklärungen entbehrlich.

Soweit die Protokollierung zulässig ist, kann ein von einer Partei übergebener Schriftsatz als Anlage dem Protokolle beigefügt werden, wenn das Gericht dies für angemessen erachtet; denn § 146 Abs. 3 gilt auch für den Amtsgerichtsprozeß. Aber es wäre ein gröblicher Mißbrauch, wenn das Gericht diese Art der protokollarischen Feststellung zur Regel werden ließe.

3. Abs. 2 entspricht dem § 270 Abs. 2. Nur sind im Amtsgerichtsprozesse die Geständnisse und die Erklärungen über Eidesannahme oder -zurückschiebung im Protokolle, nicht durch Anlagen, festzustellen. Auch hier kann ein Schriftsatz, der das Geständnis ꝛc. enthält, dem Protokolle als Anlage beigefügt werden. Wird die Protokollierung von Geständnissen und Eideserklärungen nicht beantragt, so stehen sie unter der Regel des Abs. 1.

§ 471.

Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des Gegenstandes seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuchs den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien, und wird ein Vergleich geschlossen, so ist derselbe zu Protokoll festzustellen. Kommt ein Vergleich nicht zustande, so

Digitized by Google

wird auf Antrag beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Ist der Gegner nicht erschienen oder der Sühneversuch erfolglos geblieben, so werden die erwachsenen Kosten als Teil der Kosten des Rechtsstreits behandelt.

KPr. S. 200—208, 555, 702. 708.

1. Durch den von der Jk. d. RT. eingefügten § 471 ist demjenigen, welcher eine Klage zu erheben beabsichtigt, die Möglichkeit gewährt, vor Beginn der Rechtshängigkeit die Sühne unter Mitwirkung des Amtsgerichts zu versuchen. Dieser Versuch ist in allen Streitsachen, auch in solchen, für die die Landgerichte ausschließlich zuständig sind, zulässig (KPr. S. 201). Auf Sachen, die vor die besonderen Gerichte gehören (GVG. § 14), ist § 471 nicht anwendbar (arg. EG. z. CPrO. § 3).

2. Die Ladung erfolgt auf Betreiben der Partei unter Bezeichnung des Anspruchs. Die Partei hat also das Ladungsformale zur Terminsbestimmung entweder schriftlich einzureichen oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers zu erklären (§ 457). Auf die Zustellung ist § 458 anwendbar. — Der Gegner kann vor das Amtsgericht geladen werden, vor dem er seinen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12—20) hat, auch wenn für die Sache ein ausschließlicher Gerichtsstand bei einem anderen Gerichte begründet ist. Die Parteien können sich im Termine durch Bevollmächtigte vertreten lassen (KPr. S. 202, Anl. k z. Prot. d. 164. Sitz.).

3. Die Protokollierung des Vergleichs entspricht dem § 146 Nr. 1. Das Vergleichsprotokoll ist Vollstreckungstitel (§ 702 Nr. 2). Reine Anerkenntnisse oder Verzichte sind keine Vergleiche; das Amtsgericht ist nicht verbunden, sie zu protokollieren, ohne daß die Klage erhoben ist. Die protokollarische Feststellung eines reinen Anerkenntnisses ist kein Vollstreckungstitel (arg. § 278). Ein Urteil auf Grund eines Anerkenntnisses kann erst erlassen werden, wenn Klage nach § 471 Abs. 2 erhoben ist. — Wegen der Kosten des Vergleichs s. § 93. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21, 23, 41, 101 in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. § 37.

4. Kommt kein Vergleich zustande, so wird kein Protokoll errichtet. Ebenso, wenn eine der Parteien ausbleibt. Weder den Ladenden noch den Geladenen trifft im Falle des Ausbleibens ein Rechtsnachteil zur Sache. Bleibt der Geladene aus, so sind die Kosten des Verfahrens ebenso, wie bei Erfolglosigkeit der Sühneverhandlung, als Teil der Kosten des nachfolgenden Rechtsstreits zu behandeln; sie fallen also der in die Prozeßkosten verurteilten Partei zur Last oder werden mit den übrigen Kosten aufgehoben oder verteilt. Der Ladende kann gegen den Geladenen keinen Anspruch auf Kostenersatz in einem gesonderten Verfahren erheben. Bleibt dagegen der Ladende im Sühnetermine aus, so werden die Kosten des Verfahrens nicht als Teil der Kosten des nachfolgenden Rechtsstreits angesehen; der Geladene kann den Ersatz seiner Kosten in einem gesonderten Prozesse verlangen.

5. Die Erhebung der Klage in dem Termine setzt voraus, daß beide Parteien sofort in die Verhandlung eintreten wollen. Die Erhebung der Klage erfolgt durch den mündlichen Vortrag; vgl. §§ 253, 461. Auf die Feststellung der Klage zu Protokoll finden die in Bem. Nr. 3 zu § 461 entwickelten Sätze Anwendung. Die dort cit. Schriftsteller, die die Feststellung der Klage zum Protokolle verlangen, fordern sie auch hier.

Erst nachdem die Klage erhoben ist, taucht die Zuständigkeitsfrage auf. Der Amtsrichter kann vorher die Parteien darauf aufmerksam machen, daß das Amtsgericht für die

Digitized by Google

Klage nicht zuständig sei; aber er kann die Klagerhebung nicht verhindern. Bei der Prüfung der Zuständigkeit kommt dann in Frage, ob in dem beiderseitigen Antrag auf Verhandlung eine vor der Rechtshängigkeit geschlossene gültige Vereinbarung auf ein unzuständiges Gericht (§§ 38, 40) gelegen ist. Das ist eine thatsächliche Frage. Weiterhin kann durch Einlassung des Beklagten ohne Rüge der Unzuständigkeit gemäß §§ 39, 40 die Zuständigkeit begründet werden. Fehlt es an der Zuständigkeit, so ist auf absolutio ab instantia zu erkennen.

6. Über die Thätigkeit des Gewerbegerichts als Einigungsamt vgl. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) §§ 61 ff.

Digitized by Google

Drittes Buch.

Rechtsmittel.

1 Litteratur: v. Harrasowsky die Rechtsmittel im Civ.Pr. 1879; v. Kries die Rechtsmittel des Civ.Pr. und des StrPr. 1880 (behandelt auch das Wiederaufnahmeverfahren); Barazetti die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde 1882.

2. Der Begriff „Rechtsmittel". Die Motive bemerken:

„Der Begriff des Rechtsmittels ist kein historisch gegebener [?]; in der Prozeßtheorie wie in der Gesetzgebung wird er in verschiedenem Sinne genommen. Im Entwurfe werden unter Rechtsmitteln prozessualische Rechtsbehelfe verstanden, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden. Damit scheiden aus der Reihe der Rechtsmittel aus die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage .... Als Rechtsmittel kommen in Betracht die Berufung, die Revision und die Beschwerde."

Dieser durch die Überschrift des dritten Buchs gesetzlich sanktionierte, beschränkte Sinn des Wortes „Rechtsmittel" ist einfach zu acceptieren, wenn es sich darum handelt, was das Gesetz „Rechtsmittel" heißt. Aus dem EG. § 20 kann nicht [wie Bolgiano Arch. f. c. Pr. LIX S. 420 meint] ein Argument gegen die Richtigkeit dieser Wortauslegung gewonnen werden. [Gegen Bolgiano Hinschius Ztschr. f. d. CPr. I S. 7 ff., Reuling in Heymanns Litt.Bl. I S. 12, Barazetti a. a. O. S. 6 ff.] Nimmt man aber den früheren gemeinrechtlichen Begriff des Rechtsmittels zum Maßstabe, so muß man nicht bloß Berufung, Revision und Beschwerde, sondern auch die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage [so Bolgiano a. a. O. und Ztschr. f. d. CPr. II S. 110 ff., III S. 190 ff., Handb. S. 358, v. Kries a. a. O. S. 9 ff. AM. Hinschius a. a. O., Reuling a. a. O.] sowie den Einspruch [so auch Bolgiano a. a. O. AM. Hinschius, Reuling und v. Kries a. a. O.] als Rechtsmittel gelten lassen.

Erster Abschnitt.

Berufung.

1. Über die legislativ-politische Frage, ob die Zulassung der Berufung im Civilprozesse zweckmäßig sei, enthalten die Motive S. 39—41 ausführliche Erörterungen. Vgl. dazu KPr. S. 213—231, 725—731, Komm.Ber. S. 7—11. Die neuere Litteratur über diese Frage s. bei Struckm. Koch N. 2 vor § 472 6. Aufl. S. 572.

2. Über die Konstruktion der Berufung im CPr. bemerken die Motive:

„Die Berufung stimmt dem Grundcharakter nach mit der römisch-rechtlichen Appel-

Digitized by Google

lation überein. Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugnis der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des unterrichtlichen Urteils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter. Daß das neue Verfahren mit dem voraufgegangenen Verfahren, insbesondere mit dem in diesem erlassenen Urteile, welches angefochten wird, im nächsten Zusammenhange steht, ist selbstverständlich und das Fortwirken gewisser in erster Instanz bereits eingetretener Rechtsnachteile nicht ausgeschlossen."

3. Berufungsgerichte sind die Landgerichte in den vor den Amtsgerichten, die Oberlandesgerichte in den vor den Landgerichten verhandelten Sachen (GVG. § 71 und § 123 Nr. 1). Die Landgerichte sind auch Berufungsgerichte in den vor den Gewerbegerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten nach RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 55 Abs. 2. Nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 179) § 18 ist in den vor dem Konsul oder dem Konsulargerichte verhandelten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung das Reichsgericht zuständig. Nach RG. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete in der Redaktion der Bekanntm. v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 3 Nr. 9 findet der § 18 des cit. Ges. ü. d. Konsulargerichtsbarkeit auf das gerichtliche Verfahren in den Schutzgebieten mit dem Abmaße Anwendung, daß durch Kaiserl. Verordn. als Berufungsgericht an Stelle des Reichsgerichts ein Konsulargericht oder ein Gerichtshof im Schutzgebiete bestimmt werden kann. Solche Verordnungen s. RGBl. 1888 S. 211 betr. Kamerun und Togo §§ 5, 8, RGBl. 1888 S. 221 betr. Neu-Guinea §§ 6, 7, RGBl. 1890 S. 55 betr. die Marschall-Inseln § 6, 7, RGBl. 1890 S. 171 betr. das südwestafrikan. Schutzgebiet § 4, RGBl. 1891 S. 1 betr. Deutsch-Ostafrika § 5, 8. Nach Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) § 63 geht die Berufung gegen Entscheidungen des Patentamts an das Reichsgericht. Verfahren s. BO. v. 6. Dez. 1891 (RGBl. S. 389). — Gegen die Entscheidungen des Reichsgerichts und der an dessen Stelle in den cit. BO. bestimmten Gerichte findet kein weiteres Rechtsmittel statt.

4. Die Gerichtsgebühren erhöhen sich in der Berufungsinstanz um ein Viertel (GKG. § 49); die Anwaltsgebühren sind die gleichen, wie in der ersten Instanz.

5. Wegen der aufschiebenden Kraft der Berufung s. § 645.

§ 472.

Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile statt.

Mot. S. 40, 41, 295—299. KPr. S. 213—231, 558, 703, 725—731.

1. a) Die Berufung findet statt gegen alle Endurteile [über den Begriff Endurteil s. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 7 ff.]. Endurteile sind diejenigen Urteile die den Prozeß ganz oder teilweise, bedingt oder unbedingt erledigen. Also auch die Teilurteile (§§ 273, 274). Es giebt keinen Vorbehalt der Berufung bis zum letzten Teilurteile. Jedes einzelne Teilurteil ist selbständig anfechtbar und wird selbständig rechtskräftig. Ebenso die Ergänzungsurteile und Urteile, die einen Ergänzungsantrag abweisen (vgl. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 292). — Selbständig anfechtbar ist auch das durch Eid bedingte Endurteil; dies folgt aus der Natur des bedingten Endurteils (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297), ferner aus Abs. 2 des § 425. — Anfechtbar ist nicht bloß das Endurteil zur Sache, sondern auch das Endurteil, wodurch die Klage wegen eines Mangels der Prozeß- oder der Klagevoraussetzungen abgewiesen wird (absolutio ab instantia); ferner das Ver-

Digitized by Google

weisungsurteil nach §§ 249, 466, 467 (s. Bem. Nr. 3 zu § 249, Bem. Nr. 1 zu § 466, Bem. Nr. 2 zu § 467); das Urteil, das den Einspruch aus prozessualischen Gründen zurückweist (s. Bem. Nr. 3 zu § 306) oder das Gesuch um Restitution gegen den Ablauf der Einspruchsfrist abweist (s. Bem. Nr. 2 litt. c α zu § 216); das Urteil, das den ursprünglichen Beklagten nach § 72 oder § 73 aus dem Prozesse entläßt (s. Bem. Nr. 3 zu § 72, Bem. Nr. 4 litt. c zu § 73); das Urteil, wodurch nach Unterbrechung des Verfahrens der Antrag auf Feststellung der Rechtsnachfolge oder der Aufnahme abgewiesen wird (s. Bem. Nr. 4 zu § 217); das entsprechende Urteil nach KO. § 8 und Anfechtungsges. § 13 (s. Bem. Nr. 7 zu § 217); die Urteile nach der Inzidentrestitution aus § 432 oder § 433 (s. Bem. Nr. 3 zu § 432, Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 433); das amtsgerichtliche Urteil, das den Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl für begründet erklärt, wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehört (s. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 640). — Nicht ausgenommen ist das Endurteil auf Grund eines Verzichts oder Anerkenntnisses (s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 277, Bem. Nr. 3 litt. a zu § 278) und das Endurteil, das den Eintritt der Folge eines bedingten Endurteils ausspricht (s. Bem. Nr. 2 zu § 427). Aufgehoben sind alle gemein- oder partikularrechtlichen Beschränkungen der Berufung gegen Endurteile, z. B. l. 7 pr. D. de apell. rec. 49, 6; l. 4, 5, 8 C. quor. app. non rec. 7, 65. Auch Endurteile im Zwangsvollstreckungsverfahren (s. z. B. § 781) und in dem einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren (§§ 802, 805 Abs. 1, 806 Abs. 2, 807) sind mit Berufung anfechtbar. Unzulässig ist nach § 94 die Berufung gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt ohne Anfechtung der Hauptentscheidung.

Die CPrO. kennt keine Beschränkung der Berufung durch eine Berufungssumme (summa appellabilis). Nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197) § 18 Abs. 1 finden in den zur Zuständigkeit des Konsuls gehörenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Rechtsmittel nicht statt, sofern der Wert des Streitgegenstandes die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt. Nach RG. betr. die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten in der Redaktion d. Bekanntm. v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 2 findet diese Beschränkung auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entsprechende Anwendung, die zur Zuständigkeit des vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten gehören. Nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 55 ist in den vor die Gewerbegerichte gehörigen Streitigkeiten die Berufung nur zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes 100 ℳ übersteigt.

b) Die Berufung ist nur gegen Endurteile zulässig. Gegen Entscheidungen, die keine Endurteile, sondern Verfügungen, Beschlüsse oder Zwischenurteile (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 275) sind, findet keine Berufung statt. Inwieweit solche dem Endurteile vorausgegangene Entscheidungen bei Berufung gegen das Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegen, s. § 473.

c) In Bezug auf Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellt und daher selbständig durch Berufung anfechtbar ist das Zwischenurteil, wodurch eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird (§ 248 Abs. 2), das Zwischenurteil über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs (§ 276 Abs. 2) und das Vorbehaltsurteil im Urkunden- und Wechselprozesse (§ 562 Abs. 3).

2. Berechtigt zur Einlegung der Berufung sind:

a) Die Hauptparteien, von denen der Rechtsstreit in erster Instanz geführt worden ist, und ihre Rechtsnachfolger. Wer in erster Instanz nicht Partei war, kann nicht durch Einlegung des Rechtsmittels dem Prozesse als Hauptpartei beitreten [RG. 18. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 442]. Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit, z. B.

Digitized by Google

durch Entmündigung, so kann an ihrer statt ihr gesetzlicher Vertreter die Berufung ergreifen. Wegen Unterbrechung durch Konkurseröffnung und Aufnahme durch den Konkursverwalter s. § 218. Der Sonderrechtsnachfolger einer Partei kann die Berufung einlegen, wenn er den Prozeß rechtswirksam als Hauptpartei übernimmt; hierzu ist regelmäßig die Zustimmung sowohl der Partei, an deren Stelle der Rechtsnachfolger eintreten will, wie des Gegners nötig; Ausnahme: § 237. — Die Vorschrift des C. civ. art. 1166, wonach die Gläubiger befugt sind, alle Rechte und Klagen ihrers Schuldners geltend zu machen, die nicht ausschließlich dessen Person ankleben [vgl. Zachariä Hdb. d. franz. CR. § 312 N. 5, Sirey-Gilbert N. 21 zu C. c. art. 1166 und die dort Cit.], ist durch die CPrO. nicht berührt.

Von mehreren Streitgenossen der ersten Instanz kann jeder für sich das Rechtsmittel einlegen. Das Rechtsmittel eines Streitgenossen gereicht dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder der CPrO. sich ein anderes ergiebt. Über diese Vorbehalte vgl. Bem. Nr. 3 zu § 58. Für die Fälle der sog. notwendigen Streitgenossenschaft (s. Bem. Nr. 3 zu § 59) ergiebt sich aus § 59, daß durch die von einem Streitgenossen eingelegte Berufung auch für die anderen Streitgenossen die Berufungsfrist gewahrt und der Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Urteils gehemmt wird. Vgl. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 59. — Darüber, ob der die Berufung einlegende Streitgenosse die anderen laden muß, s. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 479. — Der Streitgenosse, der die Berufung eingelegt hat, kann seine Berufung ohne Mitwirkung der anderen Streitgenossen zurücknehmen. Hat aber ein anderer Streitgenosse in der mündlichen Verhandlung bereits einen Berufungsantrag gestellt, dann hat er ein selbständiges Recht auf die Nachprüfung des Urteils durch das Berufungsgericht. Übrigens hat die Berufseinlegung eines Streitgenossen die bezeichneten Wirkungen für die anderen nur solange, als die Streitgenossenschaft dauert. Hat ein Streitgenosse seinen Austritt aus der Streitgenossenschaft erklärt, so hören jene Wirkungen für ihn auf. Verzicht auf die Berufung enthält den Austritt aus der Streitgenossenschaft, wenn er nicht mit dem Vorbehalte abgegeben ist, daß er bloß gelten solle, wenn auch die anderen Streitgenossen keine Berufung ergreifen. Ob nach dem Austritte eines Streitgenossen die anderen noch im Prozesse siegen können, ist eine Frage des bürgerlichen Rechts und hängt davon ab, ob sie ohne den Ausgetretenen klagen und ohne ihn ihre Verteidigung führen können. Vom Standpunkte des Prozeßrechts aus besteht kein Hindernis dagegen, daß der einzelne Genosse das Rechtsmittel allein durchführe. [Zu den auf die notwend. Streitgenoss. bezügl. Sätzen vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 1 zu § 479, Gaupp I S. 144, II S. 7, Petersen (2) S. 697, v. Kries Rechtsmittel S. 36 ff., Hachenburg besondere Streitgenossenschaft S. 50 ff. Dreyer Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 38 ff.] — Wenn das gem. Recht bestimmte, daß die von einem Streitgenossen eingelegte Berufung auch in anderen Fällen als denen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft den anderen Streitgenossen zu gut komme, so sind die Bestimmungen aufgehoben. In Frage kommen die l. 10 §§ 2, 4 D. de appell. 49, 1, die l. 1, 2 C. si unus ex pluribus 7, 68 und das c. 72 X. de appell. 2, 28, deren Bedeutung übrigens nicht zweifellos ist. [Vgl. darüber Martin Mag. f. den gem. bürgerl. Prozeß I S. 370 ff., v. Linde Handb. I § 128, Planck Mehrheit von Rechtsstr. S. 152—156, 424 f., Wetzell Syst. § 54 N. 7—14, Renaud Lehrb. § 59 bei N. 17, § 178 bei N. 31, 32.] Die angeführten Stellen enthalten insoweit, als sie einem Streitgenossen die Befugnis gewähren, für einen anderen zu appellieren, nicht materielles sondern Prozeßrecht.

b) Der Nebenintervenient in der Normalstellung des § 64 kann als Vertreter der unterstützten Hauptpartei Berufung einlegen, solange die Hauptpartei nicht auf die Berufung verzichtet hat und nicht Widerspruch erhebt; vgl. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 64.

Digitized by Google

Widerspricht die Hauptpartei, so ist die vom Intervenienten eingelegte Berufung „als unzulässig" zurückzuweisen und der Intervenient in die Kosten zu verurteilen. Der Nebenintervenient in der Ausnahmestellung des § 66 kann gegen den Willen der unterstützten Partei und trotz deren Verzicht Berufung ergreifen; vgl. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 66. Wegen der von dem Nebenintervenienten einzuhaltenden Notfrist s. Bem. Nr. 1 litt. d zu § 477. — Weitergehende Bestimmungen des früheren Rechts, wonach jeder, der am Ausgange des Prozesses interessiert ist, die Berufung einlegen konnte (l. 4 §§ 2, 3, l. 5, 14 pr. D. de appell. 49, 1, l. 2 § 1 D. quando appell. 49, 4, l. 1 D. de appell. rec. 49, 5; vgl. Wetzell § 54 Syst. bei N. 6 ff., Renaud Lehrbuch § 174 bei N. 26 ff.), sind als prozeßrechtliche Bestimmungen aufgehoben.

3. Die Berufung ist nur zulässig gegenüber der Partei, in Bezug auf die ein Urteil erlassen ist. Ist gegen einen Streitgenossen der ersten Instanz ein Urteil nicht begehrt oder nicht erlassen, so kann ihm gegenüber keine Berufung eingelegt werden [RG. 26. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 111 S. 408]. Über Einlegung der Berufung gegenüber mehreren Streitgenossen s. Bem. Nr. 5 zu § 479.

4. Die in der ersten Instanz erteilte Prozeßvollmacht ermächtigt zur Einlegung der Berufung. Der Prozeßbevollmächtigte ist durch den Anwaltszwang gehindert, die Berufung selbst einzulegen, wenn er nicht bei dem Berufungsgerichte als Rechtsanwalt zugelassen ist. Aber die in der ersten Instanz erteilte Prozeßvollmacht ermächtigt auch zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die Berufungsinstanz (§ 77). Bezüglich des Nachweises der Bevollmächtigung gilt § 84 Abs. 1; danach ist der Nachweis nur auf Verlangen des Gegners zu liefern. Leitet der Bevollmächtigte seine Vollmacht von dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz ab, so kann der Gegner auch den Nachweis von dessen Bevollmächtigung noch verlangen. Kann derjenige, welcher für einen anderen die Berufung einlegte, die Bevollmächtigung nicht durch Vollmachtsurkunde nachweisen, so ist er vorbehaltlich des Abs. 1 des § 85 zurückzuweisen. Die Berufungseinlegung gilt für und gegen die Partei, wenn sie oder ihr Bevollmächtigter erster Instanz auch nur mündlich die Vollmacht dazu erteilt oder diese genehmigt hat. Ist aber weder das eine noch das andere der Fall, so ist die von dem falsus procurator eingelegte Berufung ohne Entscheidung zur Hauptsache durch ein die Ungültigkeit der Berufungseinlegung aussprechendes Urteil zurückzuweisen und der falsus procurator in die Kosten zu verurteilen; vgl. Bem. Nr. 3 bis 5 zu § 84. Daß erst nach dem Ablaufe der Berufungsfrist die Genehmigung erteilt wurde, beeinträchtigt die Gültigkeit der Berufung nicht; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 81. — Der gesetzliche Vertreter bedarf zur Einlegung der Berufung keiner besonderen Ermächtigung (§ 52).

§ 473.

Der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Mot. S. 296, 299. KPr. S. 231, 558.

1. Die nicht mit selbständiger Berufung anfechtbaren Entscheidungen — Verfügungen, Beschlüsse, Zwischenurteile, vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 472 — werden durch die Berufung gegen das nachfolgende Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts unterstellt. Die Anfechtung bleibt vorbehalten bis zum Endurteile. Es ist nicht erforderlich, daß die Berufungsschrift die Anfechtung der Vorentscheidungen erwähne.

§ 473 ist nicht anwendbar auf die in §§ 248 Abs. 2, 276, 562 angeführten drei

Digitized by Google

Urteile, die ohne Endurteile zu sein, doch in betreff der Rechtsmittel als Endurteile anzusehen sind. Diese Urteile sind selbständig durch Berufung anfechtbar, daher können sie nicht gelegentlich der Berufung gegen das Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts unterstellt werden. Dies folgt schon aus dem Wortlaute der §§ 248 Abs. 2, 276, 562 Abs. 3. Denn wenn diese Urteile „in betreff der Rechtsmittel als Endurteile anzusehen" sind, so sind sie eben in dieser Beziehung nicht als Zwischenurteile anzusehen. Natürlich kann, solange die selbständige Rechtsmittelfrist gegen eines der genannten Zwischenurteile noch nicht abgelaufen ist, gleichzeitig oder nacheinander gegen das Zwischen- und gegen das Endurteil Berufung eingelegt und über beide Berufungen gemeinsam verhandelt werden. [Vgl. v. Kries Rechtsmittel S. 160, Osterloh Ztschr. f. d. CPr. III S. 63 f., RG. 28. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 121 S. 424 f., 8. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1118, 2. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 86 S. 352.]

Wegen der dem Endurteile vorausgegangenen Versäumniszwischenurteile s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

2. Von der Beurteilung durch das Berufungsgericht sind ausgenommen: a) alle ausdrücklich für unanfechtbar erklärten Entscheidungen — s. §§ 37, 46, 118, 143, 160, 203, 242, 290, 291, 320, 371, 451, 496, 625, 631, 647, 656 (689, 690), GVG. § 107; b) die durch Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen — s. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 530. Da alle Zwischenurteile, wodurch ein Zwischenstreit zwischen einer Partei und einem Dritten entschieden wird, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind (§§ 68, 126, 352, 367), so unterliegen nur Zwischenurteile über selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel (s. Bem. Nr. 3 zu § 275) und über Zwischenstreite unter den Parteien (s. Bem. Nr. 4 zu § 275) der Beurteilung des Berufungsgerichts.

§ 474.

Ein Versäumnisurteil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

Ein Versäumnisurteil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, unterliegt der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Mot. S. 299. KPr. S. 231, 232, 558.

1. Zu Abs. 1: Der römisch-rechtliche Satz „contumax non appellat" (l. 73 § 3 D. de iud. 5, 1; l. 23 § 3 D. de appell. 49, 1; l. 1 C. qu. app. non rec. 7, 65; l. 13 § 4 D. de iud. 5, 1; Nov. 82 c. 5) hinderte die in erster Instanz ganz oder teilweise säumige Partei nur, sich in der Berufungsverhandlung solcher Rechtsbehelfe zu bedienen, mit denen sie durch ihre Versäumnis ausgeschlossen war. Aus dem Grunde, daß mit Unrecht eine Versäumnis angenommen oder daß die aus der Versäumnis gezogenen Rechtsfolgen unrichtig gezogen worden seien, konnte nach dem früheren gemeinen Prozeßrechte auch der Säumige das Urteil durch Appellation anfechten. [Vgl. Wetzell Syst. § 54 b N. 39 ff., Renaud Lehrb. § 158 a. E.] Nach der CPrO. kann das erste Versäumnisurteil, d. i. das erste unter Verwirklichung von Versäumnisfolgen (§§ 217, 295, 296, 312, 430) ergangene Urteil, von der säumigen Partei überhaupt nicht, also auch nicht aus dem Grunde, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe oder daß die Folgen aus den nach § 296 als zugestanden anzunehmenden Thatsachen unrichtig gezogen seien, durch Berufung angefochten werden (KPr. S. 558). Die Unzulässigkeit der Berufung ist keine Ungehorsamsstrafe, denn es besteht keine Verpflichtung zum Erscheinen, sondern das Gesetz versagt die Berufung, weil es das einfachere und vollständig ausreichende Schutzmittel des Einspruchs gewährt [vgl.

Digitized by Google

Kohler Kr. VJSchr. XXII S. 266]. Auch wenn ein Versäumnisurteil, wogegen der Einspruch an sich stattfindet, gegen jemanden erging, der gar nicht geladen war, kann es nicht durch Berufung angefochten werden [RG. 5. Febr. 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 1117].

Ist auf Grund einer mündlichen Verhandlung, wozu nur eine Partei erschienen war, ein Urteil ergangen, das keiner Partei gegenüber ein Versäumnisurteil ist, weil es nicht auf Versäumnisfolge beruht — s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 277, Bem. Nr. 3 litt. a zu § 278, Nr. 2 Abs. 3 zu § 295, Bem. Nr. 2 Abs. 4, 5 zu § 296, Bem. Nr. 3 zu § 306 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 310), Bem. Nr. 3 zu § 427 — so kann es von der unterliegenden Partei mit Berufung angefochten werden.

Wurde nach § 296 Abs. 2 auf Grund einer ohne den Beklagten gepflogenen mündlichen Verhandlung eine Klage ganz oder teilweise abgewiesen, weil die von dem Kläger in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen den Antrag des Klägers nicht rechtfertigen, so steht dem Kläger gegen dieses Urteil die Berufung zu. Legt er die Berufung ein, so kann der Beklagte vor dem Berufungsgerichte die in erster Instanz versäumten Erklärungen über die Behauptungen des Klägers nachholen, insbesondere diese Behauptungen noch bestreiten und überhaupt alle Verteidigungsmittel geltend machen. Der Beklagte hat weder Veranlassung noch die Befugnis, gegen ein die Klage abweisendes Urteil Einspruch zu erheben. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 611 N. 11, II S. 10, Petersen (2) S. 695, v. Kries Rechtsmittel S. 162 ff., Troll Vers.-Urt. S. 240 ff., OLG. Karlsruhe SA. XXXIX Nr. 151.] Dagegen behauptet Wach Vortr. S. 203 ff., daß der Beklagte gegen das Urteil der ersten Instanz Einspruch einlegen könne und müsse, um die Versäumnisfolge der sog. poena confessi zu beseitigen, und daß er die betreffenden Behauptungen in zweiter Instanz nicht bestreiten könne, bevor er sich durch Einspruch von dem Banne der poena confessi gelöst habe. Einreden und neue Thatsachen, soweit sie nicht zum Gegenbeweise gegen den Klagegrund dienen sollen, will W. dem Beklagten auch ohne Einspruch in der zweiten Instanz gestatten. Kohler Pr. als RW. S. 65 ff. u. Forschungen S. 61 hält mit Wach den Einspruch für notwendig zur Beseitigung der Versäumnisfolge, weicht aber darin von W. ab, daß er dem Beklagten, solange die Versäumnisfolge nicht durch Einspruch und Urteil beseitigt ist, auch nicht gestatten will, sich in zweiter Instanz durch selbständige, neue Behauptungen zu verteidigen. Abgesehen davon, daß es eine höchst sonderbare Zumutung für den Beklagten wäre, gegen ein zu seinen Gunsten lautendes Urteil wegen der Möglichkeit gegnerischer Berufung im voraus den Einspruch einzulegen, so beruht die hier bekämpfte Ansicht teils auf der irrtümlichen Annahme, daß die Geständnisfiktion des § 296 ein wirkliches Geständnis herzustellen vermöge, teils auf einer falschen Vorstellung über das Verhältnis der Thatsachenfeststellung zu der Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz. Es ist ein Irrtum, wenn man das sog. fingierte Geständnis des § 296 Abs. 1 dem wirklichen Geständnisse gleichstellt. Nach richtiger Auffassung liegt kein Geständnis vor, sondern es wird der Beklagte, der bis zum Schlusse der Verhandlung nicht erschienen ist oder nicht verhandelt, mit dem Bestreitungsrechte ausgeschlossen, und deswegen bedürfen die vom Kläger behaupteten Thatsachen keines Beweises (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 296). Gleichwie nun die thatsächlichen Behauptungen, worüber sich der erschienene Beklagte in der ersten Instanz nicht erklärt hat, zwar in dieser Instanz als zugestanden anzusehen sind, in zweiter Instanz aber ohne weiteres bestritten werden können (§ 493), so dauert auch der kraft § 296 eintretende Ausschluß des Bestreitungsrechts nicht für die Berufungsinstanz fort. Wach ist inkonsequent, wenn er den Ausschluß des Bestreitungsrechts in zweiter Instanz fortdauern lassen will, den Ausschluß der selbständigen Verteidigung aber nicht. Die Konsequenz verlangt, auch die selbständige

Digitized by Google

Verteidigung auszuschließen, wie dies Kohler thut. Der andere Irrtum liegt darin, daß man sich das Verhältnis der beiden Zweige der Richterthätigkeit, Thatsachenfeststellung und Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz, so vorstellt, als ob die Thatsachenfeststellung notwendiger Weise vor der Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz stattfinden müßte. Wenn die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen den Antrag nicht begründen, bedarf es keiner Thatsachenfeststellung; der Richter muß in diesem Falle die Klage abweisen, ohne sich darum zu kümmern, ob die Thatsachenbehauptungen des Beweises bedürfen oder nicht. Das Urteil spricht nur aus: wenn auch die Thatsachen wahr wären, so ist doch die Klage abzuweisen. Mit der Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen hat es gar nichts zu schaffen. Auf das von Kohler angeführte Argument, daß dem Beklagten nicht gestattet sein könne, den Instanzenzug zu durchbrechen und die erste Instanz thatsächlich in die Berufungsinstanz zu verlegen, ist zu erwidern, daß nach der Konstruktion des Berufungsverfahrens eine solche Verschiebung auch im kontradiktorischen Verfahren — warum also nicht auch im Versäumnisverfahren? — möglich ist und daß die Gefahr einer solchen Verschiebung angesichts der Bestimmung des § 92 sehr gering ist.

Wurde der nicht erschienene Beklagte teilweise verurteilt und teilweise die Klage abgewiesen, so hat der Kläger gegen den abweisenden Urteilsspruch die Berufung, der Beklagte gegen den verurteilenden den Einspruch. Für diesen Fall gilt die Vorschrift des § 486. Bei Berufung des Klägers hat der Beklagte in der zweiten Instanz nur in Bezug auf den in der ersten Instanz abgewiesenen Anspruch die Befugnis, Bestreitungen und Verteidigungsmittel nachzuholen. Über den verurteilenden Teil des Erkenntnisses kann in zweiter Instanz nicht verhandelt werden. Umgekehrt ist die Einspruchsverhandlung in der ersten Instanz auf den Anspruch beschränkt, bezüglich dessen Verurteilung erfolgte. Soweit das Urteil der ersten Instanz die Klage abwies, ist die erste Instanz an ihr Urteil gebunden, bis es im Wege der Rechtsmittel beseitigt ist. Zwar sagen die Mot. S. 305 zur Rechtfertigung des § 486, durch diesen § werde eine gleichzeitige Verhandlung über dieselben Streitpunkte in zwei Instanzen vermieden und angemessenerweise die Verhandlung über die Berufung völlig abgeschnitten, wenn das angefochtene Urteil bereits durch Einspruch in Wegfall komme. Aber die erste Instanz kann den vom Einspruch nicht berührten Teil ihres Urteils nicht aufheben. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 10, Hellmann Lehrb. S. 674 f. AM. Wach Vortr. S. 146, Kohler Pr. als RV. S. 69 u. Forschungen S. 61 auf Grund der oben erwähnten abweichenden Ansicht, teilweise auch Barazetti Berufung u. Beschwerde S. 101 und Troll Vers.Urt. S. 245.]

2. Zu Abs. 2: Vgl. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1 ff. Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch an sich nicht statthaft ist, sind das Versäumnisurteil, wodurch der Einspruch verworfen wird, weil die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf die die Verhandlung vertagt ist, nicht erschienen ist oder nicht zur Hauptsache verhandelt hat (§ 310), ferner das Versäumnisurteil, wodurch ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgewiesen wird, weil der Antragsteller in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine nicht erschienen ist oder nicht zur Hauptsache verhandelt hat (§ 216 Abs. 2, dazu Bem. Nr. 2 litt. d zu § 216). Ein Versäumnisurteil, gegen das der Einspruch statthaft war, aber durch Ablauf der Einspruchsfrist ausgeschlossen ist, ist niemals durch Berufung anfechtbar (vgl. KPr. S. 231 f.).

Die Berufung gegen jene Versäumnisurteile ist zulässig, aber dem Grunde nach beschränkt. Sie kann nur darauf gestützt werden, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. Der Fall der Versäumung hat nicht vorgelegen: a) wenn die angeblich

Digitized by Google

säumige Partei verhandelt hat (es kann ja zweifelhaft sein, ob ein die Terminsversäumnis ausschließendes Verhandeln, insbesondere ob ein Verhandeln zur Hauptsache stattfand, vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 298) oder wenn sie zum Verhandeln bereit war, ihr aber das Gehör widerrechtlich verweigert wurde; b) wenn das Versäumnisurteil in einem Termine erlassen wurde, der gar nicht zur mündlichen Verhandlung bestimmt war; c) wenn der Termin nicht am rechten Orte (§ 196) oder nicht zur rechten Zeit abgehalten wurde oder wenn die Sache nicht aufgerufen wurde (§ 197); d) wenn kein Antrag auf Versäumnisurteil gestellt war; e) wenn die nicht erschienene Partei nicht oder nicht rechtzeitig geladen war (§ 300 Nr. 2). Da aber in den hier allein relevanten Versäumnisfällen der §§ 216 Abs. 2, 310 die mit dem Einspruche oder dem Restitutionsgesuche verbundene Ladung der säumigen Partei oblag, so kann der Fall des § 300 Nr. 2 nur eintreten, wenn die gerichtliche Bekanntmachung des Termins oder die Offiziallabung nötig war (s. Bem. Nr. 2 Ziff. III—V vor § 191). [Vgl. Schwalbach a. a. O. S. 10. Irrtümlich rechnet Troll Vers.-Urt. S. 229 die Fälle hierher, in denen der Ladende durch den die Ladung besorgenden Gerichtsschreiber nicht oder nicht rechtzeitig vom Termine benachrichtigt wurde; vgl. dagegen Bem. Nr. 2 zu § 458]. Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, daß das Gericht nach § 300 Nr. 1 oder 3 den Antrag auf Versäumnisurteil hätte zurückweisen müssen. Nr. 1 des § 300 kommt nicht in Betracht, weil hier der Fall der Versäumung vorgelegen haben kann [vgl. Schwalbach a. a. O. S. 9]; Nr. 3 des § 300 nicht, weil es sich nur um die Verwerfung des Einspruchs oder des Restitutionsgesuchs handeln kann, wozu die Gegenpartei nichts Thatsächliches mitzuteilen und vorzubringen braucht [Schwalbach a. a. O. S. 10]. Die Berufung kann nicht darauf gestützt werden, daß das Untergericht mit Rücksicht auf § 302 hätte vertagen sollen [AM. Schwalbach a. a. O. S. 12 u. Fitting Lehrb. (7) S. 528 N. 16; dagegen Bem. Nr. 1 zu § 302, Struckm. Koch N. 3, Gaupp I S. 621 N. 2]; auch nicht darauf, daß die Ladung einer Vereinbarung über Ruhen des Prozesses zuwiderlief; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 228.

Wegen Zurückverweisung bei begründeter Berufung s. § 500 Nr. 5.

3. Auch Versäumniszwischenurteile (§ 312) unterliegen bei Berufung gegen das Endurteil der Beurteilung des Berufungsgerichts nur insoweit, als die Berufung darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Gaupp II S. 10, Wach Vortr. S. 187 f. AM. Wilm. Levy N. 3, Petersen (2) S. 695, Hellmann Lehrb. S. 694, v. Kries a. a. O. S. 167 ff., Barazetti a. a. O. S. 27, Müller Ztschr. f. d. CPr. IV S. 321 ff., Obermeyer Bl. f. RA. LXVI S. 305, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 351, Troll Vers.Urt. S. 248.] Die hier vertretene Ansicht ist notwendige Konsequenz des dem § 474 zu Grunde liegenden Gedankens, daß die Berufung ausgeschlossen sein soll, wo der einfachere Rechtsbehelf des Einspruchs zulässig ist. Der auf den ersten Blick bestehende Einwand, daß Versäumniszwischenurteile keine größere Kraft als kontradiktorische Zwischenurteile haben können, ist petitio principii und verliert alle Bedeutung, wenn man erwägt, daß ja auch Versäumnisendurteile der Berufung weniger zugänglich, also der Berufungsinstanz gegenüber kräftiger sind als kontradiktorische Endurteile.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 27, Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, 46; GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 475.

Die Wirksamkeit eines nach Erlassung des Urteils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

Mot. S. 299, 300. KPr. S. 282, 283, 558.

Digitized by Google

1. Ob vor Erlassung des Urteils das Recht der Berufung überhaupt, ob es durch einseitige Willenserklärung (Verzicht) oder nur durch zweiseitige Willenserklärung (Vertrag) aufgegeben werden, ob der Wille nur ausdrücklich oder auch durch konkludente Handlungen erklärt werden kann, über alle diese Fragen enthält die CPrO. keine Bestimmung. Der nordd. Entw. § 772 hat die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel vor dem Urteile ausgeschlossen: Die Mot. S. 300 enthalten die Bemerkung:

„Die Gültigkeit eines hierauf (sc. auf Ausschließung des Rechtsmittels vor dem Urteile) gerichteten Vertrags — welchen das franz. Recht (Code de proc. art. 7) für das Verfahren vor den Friedensgerichten, code de comm. art. 639 Nr. 2 für das handelsgerichtliche Verfahren erwähnt — und welcher für das Verfahren vor ordentlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten als zulässig gilt (arg. art. 1010 code de proc.) — ist lediglich nach dem Civilrechte zu beurteilen."

Die Verweisung auf das Civilrecht ist nicht ohne Bedenken, weil es sich nicht darum handelt, ob ein derartiger Vertrag eine civilrechtliche Wirkung, sondern darum, ob er die prozeßrechtliche Wirkung des Verlustes des Rechts auf die Rechtsmittelinstanz habe. Immerhin wird man annehmen dürfen, daß die Gültigkeit eines von dem Urteile erklärten Verzichts durch die Nichtaufnahme einer darauf bezüglichen Bestimmung nicht ausgeschlossen werden sollte, sondern nach dem bisherigen Rechtszustande zu beurteilen ist. [Vgl. Planck I S. 311 in Verb. m. § 57, Wach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 243 N. 30, Schwalbach eod. S. 291 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 285 ff.; vgl. a. RG. Entsch. XII S. 434, 12. Jan. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1199.] Nach dem gemeinen Rechte ist nur der vereinbarte Verzicht gültig: l. 5 § 6 C. de temp. et rep. app. 7, 63. Das in dieser Stelle aufgestellte Erfordernis der Schriftlichkeit ist durch Gewohnheitsrecht beseitigt [vgl. Renaud Lehrb. S. 462]. L. 1 § 3 D. quib. app. non lic. 49, 2 beweist nicht die Gültigkeit des einseitigen Verzichts gegenüber der l. 5 § 6 cit. [Abw. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 291]. C. 54 X. de appell. 28, 2 beweist nicht die Gültigkeit eines Verzichts durch konkludente Handlungen vor dem Urteile; denn diese Stelle handelt vom Verzichte nach dem Urteile. Auch nach preuß. Rechte ist die vor dem Urteile getroffene Vereinbarung über Anschließung von Rechtsmitteln gültig [s. Strieth. Arch. XXI S. 6, XLVIII S. 233, LVIII S. 121, XCI S. 264]. Ebenso nach franz. Rechte [vgl. außer dem ob. Citate aus den Motiven auch Kohler a. a. O. S. 287 N. 17].

2. In Bezug auf den nach Erlassung des Urteils erklärten Verzicht auf das Recht der Berufung bestimmt § 475 zunächst nur, daß dessen Wirksamkeit nicht davon abhängt, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat. Dabei wird vorausgesetzt, daß die Verzichtleistung den Verlust des Rechts der Berufung nach sich zieht. Die Bestimmung, daß die Wirksamkeit des Verzichts von dessen Annahme unabhängig ist, gilt für jede Verzichtserklärung, die in irgend welcher prozessualischer Form, mündlich im Termine vor dem Prozeßgerichte oder zu Protokoll vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder schriftlich durch Zustellung eines Schriftsatzes oder einer protokollarischen Erklärung an den Gegner gerichtet wird. Nicht zweifellos ist, ob auch die nicht in prozessualischer Form, z. B. brieflich, abgegebene Erklärung als einseitige wirksam ist. Dafür spricht, daß die Entwürfe den Satz enthielten: „Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urteil nicht anfechten zu wollen." Dieser Satz wurde zwar gestrichen (s. u.); aber dessen frühere Verbindung mit der Bestimmung über die Wirksamkeit der einseitigen Verzichtserklärung läßt ersehen, daß diese Bestimmung auch die nicht in den prozessualischen Formen auftretende, außergerichtliche Erklärung treffen sollte. Immerhin muß die außergerichtliche Erklärung an den Gegner gerichtet und abgegeben sein. Daher genügt eine nicht für den Gegner bestimmte Äußerung gegenüber

Digitized by Google

einem Dritten sowenig, als die noch nicht aus der Hand gegebene schriftliche Verzichtserklärung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Petersen (2) § 699. Abweichend: v. Kries Rechtsmittel S. 58, Barazetti Berufung u. Beschwerde S. 71.] Für die außergerichtliche Verzichtserklärung besteht kein Anwaltszwang.

Die Entwürfe enthielten als Abs. 2 zu dem jetzigen § 475 den oben cit. Satz, daß die Verzichtleistung auch durch Handlungen erfolgen könne, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urteil nicht anfechten zu wollen. In der JK. d. RT. wurde diese Bestimmung bekämpft, weil über die Frage, ob durch konkludente Handlungen auf die Berufung verzichtet worden sei, leicht Streit entstehen könne, und schließlich gestrichen. Daß dies in der Absicht geschah, den Verzicht durch konkludente Handlungen auszuschließen, ist sicher. Ob aber der Abstrich genügte, um das angestrebte Ziel zu erreichen, ist nicht zweifellos. Erwägt man, daß der Verzicht auf die Berufung nach dem Urteile eine von der CPrO. geregelte Prozeßhandlung ist und daß prozessualische Erklärungen durchaus nicht allgemein durch konkludente Handlungen erfolgen können, so wird man die Gültigkeit eines durch konkludente Handlungen erklärten Verzichts verneinen müssen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 13, Petersen (2) S. 699, Barazetti S. 72 u. a., RG. 18. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 83 S. 346. AM. v. Kries S. 59 ff., Planck I § 60 N. 9, Hellmann Lehrb. S. 645 f., Kohler a. a. O. S. 289, Troll Verf.Urt. S. 202.] Keinesfalls ist in der Bezahlung der Prozeßkosten ein Verzicht auf das Rechtsmittel zu finden [vgl. RG. 8. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 105 S. 385].

Beseitigt sind die Vorschriften des franz. Rechts über acquiéscement.

3. Sowohl der vor wie der nach dem Urteile erklärte Verzicht auf die Berufung begründet für den Gegner den Einwand, daß die trotz dem Verzichte eingelegte Berufung unzulässig sei. [Mit Unrecht wird das bei Verzicht vor dem Urteile von Gaupp II S. 12 bestritten.] Auf diesen Einwand kann der Berufungsbeklagte verzichten. Darüber, ob durch jenen Verzicht formelle Rechtskraft eintritt, s. Bem. Nr. 4 zu § 645. Der Verzicht hindert die Anschließung an die Berufung des Gegners nicht (§ 482 Abs. 1).

4. Der Prozeßbevollmächtigte kann wirksam auf die Berufung verzichten; die Vollmacht kann in diesem Punkte nicht beschränkt werden (§§ 77, 79).

§ 476.

Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig.

Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme hat den Verlust des Rechtsmittels und der Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urteil auszusprechen.

Mot. S. 300. KPr. S. 238, 558.

1. Litteratur: Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 182, Schultzenstein eod. XXVII S. 229 ff., Birkmeyer Rechtsfälle S. 1 ff., dazu L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVII S. 477 ff., Planck Lehrb. I § 60.

2. Zurücknahme der Berufung ist die Erklärung des Berufungsklägers, auf das eingelegte Rechtsmittel zu verzichten. Keine Zurücknahme liegt darin, daß die Berufungsanträge eingeschränkt werden [RG. 8. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 114 S. 371].

Digitized by Google

3. a) Mit Einwilligung des Berufungsbeklagten kann die Berufung zurückgenommen werden, solange die Berufungsinstanz noch nicht beendigt ist. Die Berufungsinstanz ist beendigt mit der Verkündung eines unbedingten Endurteils des Berufungsgerichts, wenn aber das Endurteil als Versäumnisurteil durch Einspruch anfechtbar ist, erst mit Ablauf der Einspruchsfrist oder mit Beendigung des Einspruchsverfahrens. Daß nach Beendigung der Berufungsinstanz die Berufung nicht mehr zurückgenommen werden kann, ergiebt sich aus folgender Erwägung. Hat das Berufungsgericht das Urteil der ersten Instanz bestätigt, so hat die Zurücknahme der Berufung überhaupt keinen Sinn. Wurde aber das Urteil der ersten Instanz abgeändert, so würde die Zurücknahme der Berufung die Wiederherstellung eines nicht mehr zu Recht bestehenden Urteils in sich schließen. Die Parteien können aber durch Vereinbarung sowenig ein aufgehobenes Urteil wiederherstellen, als sie ein Urteil schaffen können. Die Besonderheit beim Versäumnisurteil erklärt sich aus dessen provisorischer Natur. [Vgl. Wilm. Levy Nr. 1, Gaupp II S. 14 f., Schultzenstein a. a. O. S. 243. Das OAG. Cassel erklärt in e. U. Ztschr. f. d. CPr. XV S. 385 die Zurücknahme der Berufung nach Einlegung des Einspruchs für unzulässig; dabei ist die provisorische Natur des Vers.Urt. sowie die Bestimmung des § 307 nicht berücksichtigt.]

b) Ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten kann das Rechtsmittel zurückgenommen werden bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten. Die Vorschrift geht parallel der des § 243 über die einseitige Zurücknahme der Klage und hängt mit der Befugnis zur Anschließung zusammen. Während in § 243 der Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache als der entscheidende Zeitpunkt bezeichnet ist, ist in § 476 der Ausdruck „Verhandlung zur Hauptsache" vermieden, weil die Berufungsbeschwerde sich nach Umständen lediglich auf prozessualische Punkte — im Gegensatze zur materiellen Rechtsfrage — beziehen kann. Aber wenn der Berufungsbeklagte die Zulässigkeit der Berufung beanstandet, kann die Berufung noch einseitig zurückgenommen werden, selbst wenn er damit eine eventuelle Verhandlung über die Berufungsanträge verbindet. Im übrigen findet Bem. Nr. 3 litt. b zu § 243 entsprechende Anwendung.

4. Der prozessualische Akt der Zurücknahme. Die Bem. Nr. 4 zu § 243 findet hierher entsprechende Anwendung. Formlose Zurücknahme, z. B. durch Brief, ist unwirksam [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVIII Nr. 156].

5. Die Wirkungen der Zurücknahme. a) Die Wirkungen der Einlegung der Berufung werden beseitigt. Folglich wird das angefochtene Urteil sofort rechtskräftig, wenn seine Rechtskraft nur durch diese Berufungseinlegung gehemmt war. Durch die Zurücknahme nach einem bedingten Urteile oder nach einem Vers.Urt. (s. o. Bem. Nr. 3 litt. a) werden diese Urteile beseitigt. Zugleich tritt wegen des in der Zurücknahme gelegenen Verzichts auf das Rechtsmittel dessen Verlust ein, so daß also das Rechtsmittel, auch wenn die Frist noch nicht abgelaufen ist, nicht aufs neue eingelegt werden kann. Nur dann tritt der Verlust des Rechtsmittels nicht ein, wenn es in ungültiger Weise, z. B. vor Zustellung des Urteils (§ 477 Abs. 2) oder nicht in gehöriger Form (§ 479), eingelegt war; denn in diesen Fällen ist kein Verzicht auf das Rechtsmittel in der Zurücknahme gelegen. [Vgl. Struckm. Koch N. 4 zu § 477, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 15, Haas Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 844 ff., RG. 17. Jan. 1883 Entsch. IX Nr. 121 S. 421.] Nicht verloren wird das Recht, sich einer selbständigen Anschlußberufung des Berufungsbeklagten (§ 483 Abs. 2) anzuschließen; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 483.

b) Die Zurücknahme hat zur Folge, daß der Berufungskläger verpflichtet ist, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen und dem Gegner zu erstatten.

Digitized by Google

c) Die unter a und b angeführten Wirkungen sind auf Antrag des Berufungsbeklagten durch Urteil auszusprechen. Das Urteil stellt den Verlust des Rechtsmittels fest und spricht die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Tragung der Kosten aus. Wie bei Zurücknahme der Klage (vgl. Bem. Nr. 5 litt. b zu § 243) kann das Urteil sowohl in dem bereits anberaumten Verhandlungstermine als auch in einem neuen Termine, wozu der Berufungsbeklagte den Gegner geladen hat, erlassen werden. Da es auch bei Ausbleiben des Berufungsklägers auf Grund der Zurücknahme des Rechtsmittels und nicht auf Grund der Versäumnis des Termins ergeht, so ist es niemals ein Versäumnisurteil. [Vgl. Birkmeyer Rechtsfälle S. 15 ff., L. Seuffert Kr. VJSchr. XXVI S. 482 ff., Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 182, Troll Vers.Urk. S. 90, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 18. AM. Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 17 bei N. 20, Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 327 f., RG. 11. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 110 S. 364 ff., 6. Dez. 1889 XXIV Nr. 97 S. 433, 10. Mai 1893 XXXI Nr. 100 S. 405, 30. Okt. 1893 XXXI Nr. 113 S. 432.] Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils und dessen Vollstreckbarkeit hängt nicht davon ab, daß das nach § 476 Abs. 3 zulässige Urteil beantragt und erlassen wird.

d) Wegen der Wirkung der Zurücknahme auf die Anschließung s. § 483.

Die unter a—d angeführten Wirkungen treten gleichmäßig bei der einseitigen Zurücknahme wie bei der Zurücknahme mit Einwilligung des Gegners ein.

6. Die Vereinbarung der Parteien, daß das Rechtsmittel zurückgenommen werden solle, ist noch nicht Zurücknahme, hat also nicht die Wirkungen des § 476 Abs. 3 [abw. bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 64]; erst wenn der Berufungskläger auf Grund der Vereinbarung den Zurücknahmeakt vollzieht, treten diese Wirkungen ein. Aus der Vereinbarung kann möglicherweise ein materiellrechtlicher Einwand gegen die Berufungsanträge, aber kein prozessualischer Einwand gegen die Zulässigkeit der Berufung geschöpft werden. Wegen Klage auf Zurücknahme vgl. Bem. Nr. 7 zu § 243 g. E.

§ 477.

Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos.

Mot. S. 300—303. KPr. S. 233, 234, 243, 558, 703, 725—730.

1. a) Wegen Berechnung der Frist s. § 200. Aus der Eigenschaft als Notfrist folgt die Anwendbarkeit der §§ 201 Abs. 2 (die Gerichtsferien hemmen die Frist nicht), 202 (die Frist kann nicht verlängert und nicht gekürzt werden), 211 ff. (Möglichkeit der Wiedereinsetzung), 226 (Aufhören des Fristenlaufs bei Unterbrechung und Aussetzung), 228 (keine Hemmung durch Ruhen des Verfahrens).

b) Die Berufungsfrist beginnt mit der Zustellung des Urteils. Regelmäßig erfolgt die Zustellung der Urteile auf Betreiben der Parteien (§ 288 Abs. 1). Nach § 198 Abs. 2 eröffnet die Partei, die die Zustellung bewirkt, auch sich selbst die Berufungsfrist. Ist das Urteil in einem Falle, wo die Zustellung den Parteien überlassen ist, gleichwohl von Amtswegen zugestellt, so wird dadurch die Berufungsfrist nicht eröffnet, weil in diesen Fällen die Herbeiführung der Rechtskraft den Parteien überlassen ist; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 582. Von Amtswegen erfolgt die Zustellung in den Fällen des § 582 der CPrO. sowie nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 30, sofern die Parteien nicht auf die Zustellung verzichten. In diesen Fällen beginnt der Lauf der Berufungsfrist für jede Partei gesondert mit der Zustellung von Amtswegen [RG. 21. Juni

Digitized by Google

1882 Entsch. VII Nr. 111 S. 364, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIII S. 154 u. SA. XLIII Nr. 311]; es kann aber auch durch Zustellung auf Parteibetrieb die Frist eröffnet werden (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 582). Im Verfahren vor den Gewerbegerichten können die Parteien auf die Zustellung verzichten (§ 30 des cit. RG.); wenn sie dies thun, so beginnt die Frist mit der Verkündung (§ 55 Abs. 3 des cit. Ges.). Im Verfahren nach der CPrO. ist ein Verzicht auf die Zustellung wirkungslos.

c) Ist eine Streitgenossenschaft vorhanden (einerlei ob einfache oder sog. notwendige § 59), so beginnt die Berufungsfrist für jeden Streitgenossen gesondert entweder mit der vom Gegner betriebenen Zustellung an ihn oder mit der von ihm betriebenen Zustellung an den Gegner. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 120 in einem Falle einfacher Streitgenossenschaft.] Auch eröffnet die von einem Streitgenossen betriebene Zustellung an den Gegner diesem die Frist zur Einlegung der Berufung nur gegenüber dem Streitgenossen, der die Zustellung betrieben hat, nicht auch zur Einlegung der Berufung gegenüber den anderen Streitgenossen. [Vgl. RG. 30. Nov. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 726. Abweichend hiervon nimmt RG. 11. Juli 1892 Entsch. XXX Nr. 101 S. 345 an, daß bei notwendiger Streitgenossenschaft die von einem Streitgenossen betriebene Zustellung dem Gegner die Frist zur Einlegung der Berufung auch gegenüber den anderen Streitgenossen eröffne. Diese Entscheidung ist auf die Erwägung gegründet, daß anderenfalls der einzelne Streitgenosse nicht in der Lage wäre, die Rechtskraft des Urteils herbeizuführen. Aber diese Begründung ist nicht stichhaltig. Da nämlich der Gegner der Streitgenossen bei notwendiger Streitgenossenschaft das Rechtsmittel allen Streitgenossen gegenüber rechtzeitig einlegen muß (vgl. Bem. Nr. 5 Abs. 1 zu § 479), so wird das Urteil schon dadurch, daß er die Rechtsmittelfrist einem Streitgenossen gegenüber verstreichen läßt, formell rechtskräftig.]

d) Dem Nebenintervenienten in der Normalstellung des § 64 beginnt die Frist zur Einlegung der Berufung mit der vom Gegner betriebenen Zustellung an die unterstützte Partei oder mit der von der Hauptpartei betriebenen Zustellung an den Gegner [RG. 29. März 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1065, 8. Juli 1867 Entsch. XVIII Nr. 97 S. 416, OLG. Karlsruhe SA. XLV Nr. 46, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LX S. 15; abw. Wach I S. 643 f.] Dem Nebenintervenienten in Streitgenossenstellung (§ 66) dagegen beginnt die Frist erst mit der Zustellung, die an ihn selbst oder auf sein Betreiben an den Gegner erfolgte [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480].

e) Die Frist zur Berufung gegen Teilurteile läuft gesondert je von der Zustellung des Teilurteils; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 273.

f) Der Lauf der Berufungsfrist wird durch Anträge auf Berichtigung des Urteils oder des Thatbestandes (§§ 290, 291) nicht berührt. Wegen Ergänzung des Urteils nach § 292 f. § 478.

2. a) Die Einlegung der Berufung vor der Zustellung des Urteils ist nicht zugelassen, um eine einheitliche Verhandlung für den Fall beiderseitiger Berufung zu erreichen. Die vor der Urteilszustellung eingelegte Berufung ist ungültig und kann nicht durch spätere Zustellung gültig werden. Die Ungültigkeit ist von Amtswegen zu beachten [RG. 12. Mai 1883 Entsch. X Nr. 124 S. 401], sie kann daher nicht durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts (§ 267) gehoben werden. Die Urteilszustellung muß ordnungsmäßig sein [vgl. RG. 5. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 94 S. 366, wo die Zustellung eines noch nicht von allen Richtern unterschriebenen Urteils für ungenügend erklärt ist]. Formelle Mängel einer der Rechtsmitteleinlegung vorangegangenen Urteilszustellung können durch Verzicht oder Präklusion des Rügerechts der Gegenpartei geheilt werden; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 156. [AM. RG. 12. Mai 1883 Entsch. X Nr. 124 S. 401.] Die vorzeitig eingelegte

Digitized by Google

Berufung ist als formell unzulässig zu verwerfen. [Vgl. jedoch RG. 26. März 1881 Entsch. IV Nr. 118 S. 415, das verlangt, daß in diesem Falle die Einlegung „als wirkungslos" erklärt werde. Dagegen, daß nur diese Formel statthaft sei, s. Bem. Nr 4 litt. a zu § 497.]

b) Ein Streitgenosse und ein Nebenintervenient in Streitgenossenstellung (§ 66) kann die Berufung erst einlegen, wenn das Urteil ihm auf Betreiben des Gegners oder auf sein Betreiben dem Gegner zugestellt ist. Dagegen kann ein Nebenintervenient in der Stellung des § 64 die Berufung schon dann einlegen, wenn das Urteil vom Gegner der unterstützten Partei oder von dieser dem Gegner zugestellt ist [vgl. Wach I S. 644 N. 22, RG. 8. Juli 1887 Entsch. XVIII Nr. 97 S. 418, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480, OLG. Rostock Meckl. Ztschr. III S. 148, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LX S. 15]. Dasselbe muß in dem Falle gelten, wenn ein Nebenintervenient in der Stellung des § 66 dem Prozesse erst durch Rechtsmitteleinlegung beitritt, weil vorher keine Veranlassung bestand, ihm das Urteil zuzustellen.

Hat ein Streitgenosse dem Gegner zugestellt, so kann dieser nur jenem Streitgenossen gegenüber das Rechtsmittel gültig einlegen. Ob die Streitgenossenschaft eine einfache oder eine notwendige ist, macht keinen Unterschied; vgl. Bem. Nr. 1 litt. c.

Hat ein Nebenintervenient (nach § 64 oder nach § 66) das Urteil dem Gegner zustellen lassen, so kann dieser der Hauptpartei gegenüber Berufung einlegen [RG. 28. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 102 S. 409, 28. Sept. 1891 SA. XLVII Nr. 153] und ebenso die Hauptpartei gegenüber dem Gegner, weil jeder Intervenient für die Hauptpartei handelt. Aber die Hauptpartei wird dadurch, daß sie die Frist versäumt, die durch die vom Nebenintervenienten bewirkte Zustellung eröffnet wurde, nicht mit der Berufung ausgeschlossen, da sie von dieser Zustellung gar nichts zu wissen braucht und die Prozeßhandlungen ihres Beistandes nur insoweit, als sie ihr nützlich sind, für sie Geltung haben. [Vgl. LG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XII S. 504.]

§ 478.

Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil in Gemäßheit des § 292 durch eine nachträgliche Entscheidung ergänzt, so beginnt mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung der Lauf der Berufungsfrist auch für die Berufung gegen das zuerst ergangene Urteil von neuem. Wird gegen beide Urteile von derselben Partei Berufung eingelegt, so sind beide Berufungen mit einander zu verbinden.

CPr. S. 234—236, 558.

1. Der § 478 wurde in der NK. d. RT. eingefügt, um die Verbindung der Berufung gegen das ergänzte und das ergänzende Urteil zu erleichtern. Diese beiden Urteile verhalten sich zu einander wie Teilurteile. Es kann gegen das eine der Urteile die Berufung eingelegt werden, während das andere unangefochten bleibt. Die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das ergänzte Urteil beginnt mit der Zustellung dieses Urteils, die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das Ergänzungsurteil mit dessen Zustellung. War die Frist zur Einlegung der Berufung gegen das ergänzte Urteil schon abgelaufen, als das Ergänzungsurteil verkündet wurde, so ist jenes Urteil nicht mehr anfechtbar. War aber die Frist noch nicht abgelaufen, so verlängert sie sich für beide Parteien bis zum Ablaufe der Frist zur Einlegung der Berufung gegen das Ergänzungsurteil, d. i. also bis zum Ablaufe eines Monats seit dessen Zustellung. Das ergänzte Urteil kann angefochten werden, ehe durch Zustellung des Ergänzungsurteils die neue Frist eröffnet ist. Die Verkündung des Ergänzungsurteils innerhalb der Frist zur Berufung gegen das frühere Urteil hemmt den Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils. Z. B.: Das erste Urteil ist

Digitized by Google

am 1. April zugestellt; am 30. April wird das Ergänzungsurteil verkündet und am 20. Mai zugestellt. Auch in der Zeit vom 2. bis 19. Mai ist das erste Urteil nicht rechtskräftig und daher nicht vollstreckbar; auch in dieser Zeit, nicht erst wieder nach Zustellung des Ergänzungsurteils, kann die Berufung eingelegt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 20. AM. Endemann II S. 406, v. Kries Rechtsmittel S. 72.]

2. Die Vorschrift, daß die zwei Berufungen derselben Partei zu verbinden seien, ist instruktionell. Es kann nicht nur vor sondern auch nach Erlassung des Ergänzungsurteils Berufung gegen das erste Urteil und dann noch Berufung gegen das Ergänzungsurteil eingelegt werden.

3. Auch bei einer Urteilsergänzung nach §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2, 654 ist der § 478 anwendbar. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 243 in Bezug auf § 654.]

§ 479.

Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) **die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;**
2) **die Erklärung, daß gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde;**
3) **die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.**

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 558.

1. § 479 schreibt als Form der Berufungseinlegung die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner vor und bestimmt die wesentlichen Erfordernisse dieses Schriftsatzes (Berufungsschrift). Diese Vorschriften gehen den Vorschriften der §§ 230, 305, 515 über Klage, Einspruch und Revision parallel. Die Berufung kann nur durch einen bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt werden (§ 74). Die Berufungsschrift muß daher von einem solchen Anwalte unterschrieben sein; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74. Gleichgültig ist, ob der Auftrag zur Zustellung dem Gerichtsvollzieher von diesem oder einem anderen Anwalte oder von der Partei selbst erteilt wird und ob der Rechtsanwalt oder die Partei in der Zustellungsurkunde als die Person, für die zugestellt wird, genannt ist; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 74 u. RG. Entsch. XVII Nr. 100 S. 392 ff. Die Abschrift muß von dem die Zustellung betreibenden Rechtsanwalt oder vom GV. beglaubigt sein, vgl. Bem. Nr. 2 zu § 156 und RG. Entsch. XXXIII Nr. 106 S. 399. Die Berufungsschrift muß die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten, wenn die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt (§ 192). Der Mangel dieser Aufforderung macht aber die Berufungseinlegung nicht ungültig, sondern hindert nur die Erlassung eines Versäumnisurteils gegen den Berufungsbeklagten, wenn die Aufforderung nicht mit Wahrung der Einlassungsfrist nachgeholt ist; vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 230, S. 304. — Ob der zugestellte Schriftsatz den in § 479 aufgestellten Erfordernissen entspricht, hat das Berufungsgericht von Amtswegen zu prüfen. Mangelt es an einem der Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses der Berufungsschrift kann nicht in der mündlichen Verhandlung ausgebessert werden, auch nicht mit Einwilligung des Berufungsbeklagten.

2. Zu Nr. 1: Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 305.

3. Zu Nr. 2: Bestimmte Worte sind nicht erforderlich, auch nicht das Wort „Berufung"; es genügt, wenn die Absicht, Berufung einzulegen, ausgedrückt ist (Mot. S. 303). Die Berufungseinlegung kann nicht von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung

Digitized by Google

abhängig gemacht werden. Die Beifügung einer Bedingung macht die Einlegung des Rechtsmittels ungültig. [Vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 524.]

4. Zu Nr. 3: Der Vorsitzende hat nicht zu prüfen, ob die Berufung zulässig sei; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 193. Gegen die Versagung des Termins ist Beschwerde statthaft. — Die Zustellung der mit der Terminsbestimmung versehenen Berufungsschrift ohne die Aufforderung zum Erscheinen ist keine Ladung [RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 111 S. 398; vgl. a. RG. 18. Jan. 1881 III Nr. 110 S. 391 und 9. Febr. 1881 IV Nr. 96 S. 356]. Enthält die dem Berufungsbeklagten ausgehändigte Abschrift den Termin nicht, während im Original der Termin steht, so ist die Zustellung ungültig; aber diese Ungültigkeit kann nach § 267 Abs. 1 gehoben werden [RG. 13. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 113 S. 388].

5. Bei der Zustellung der Berufungsschrift an den Gegner sind die Vorschriften des § 164 zu beachten. Über die Folgen der Nichtbeachtung s. Bem. Nr. 3 zu § 164 und Bem. Nr. 1 zu § 156. Stehen dem Berufungskläger mehrere Personen als Streitgenossen gegenüber, so muß die Berufungsschrift jedem Streitgenossen rechtzeitig zugestellt werden, dem gegenüber das Urteil angefochten werden soll. Wird die Berufungsschrift nur einem Streitgenossen zugestellt, so wird das Urteil den anderen gegenüber rechtskräftig. Das ist bei der einfachen Streitgenossenschaft unzweifelhaft, da hier nicht einheitlich entschieden werden muß. Aber auch im Falle der sog. notwendigen Streitgenossenschaft (§ 59), wo nur einheitlich entschieden werden kann, kann die gegenüber einem Streitgenossen eingelegte Berufung nicht verhindern, daß das Urteil gegenüber den anderen Streitgenossen die Rechtskraft beschreite, weil das Prozeßgesetz nicht allgemein, sondern nur für die in § 59 speziell bezeichneten Fälle einen Streitgenossen als Vertreter der anderen gelten läßt. Hieraus folgt, daß bei notwendiger Streitgenossenschaft die nur einem Streitgenossen zugestellte Berufung unwirksam ist. Und zwar ist sie nicht bloß [wie Gaupp II S. 22 bei N. 7 annimmt] ohne materiellrechtlichen Erfolg, sondern sie ist als formell unzulässig zu verwerfen. Dafür spricht die Analogie des § 434. Gleichwie in den Fällen der sog. notwendigen Streitgenossenschaft die Eideszuschiebung an einen einzelnen Streitgenossen prozeßrechtlich ungültig ist, so entbehren auch andere Prozeßhandlungen, die allen Streitgenossen gegenüber vorgenommen werden können, der prozeßrechtlichen Gültigkeit, wenn sie nur einzelnen Genossen gegenüber vorgenommen sind. [Vgl. Struckm. Koch N. 4 zu § 59, Wilm. Levy N. 1, Petersen (3) I S. 164, Hachenburg bes. Streitgenossensch. S. 68, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 136.]

Bei einfacher, nicht unter § 59 fallender Streitgenossenschaft hat der Streitgenosse, der die Berufung einlegt, die übrigen nicht zu laden; der § 60 greift hier nicht ein, weil die Streitgenossen der ersten Instanz nicht in der zweiten Instanz beteiligt bleiben müssen. Liegt aber ein Fall der sog. notwendigen Streitgenossenschaft vor, so bleiben alle Streitgenossen bei dem Verfahren in der zweiten Instanz beteiligt (s. Bem. Nr. 2 litt. a Abs. 2 zu § 472) und sind folglich nach § 60 zu laden. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp I S. 146, II S. 22, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 118. AM. Hachenburg a. a. O. S. 54.] Über die Folgen des Unterbleibens dieser Ladung s. Bem. Nr. 2 zu § 60; ungültig ist die Berufung deswegen nicht. Die übrigen Streitgenossen brauchen nicht innerhalb der Berufungsfrist geladen zu werden; denn die Frist ist für die Einlegung der Berufung, d. i. für die Zustellung an den Gegner, bestimmt. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 23, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 480. Unrichtig Hellmann Komm. II S. 397 und Barazetti Berufung S. 62.]

6. Nach RG. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 20 wird in den vor dem Konsul oder dem Konsulargerichte verhandelten bürgerlichen

Digitized by Google

Rechtsstreitigkeiten das Rechtsmittel der Berufung bei dem Konsul eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer den Vorschriften der CPrO. § 479 Abs. 2 Nr. 1, 2 entsprechenden Schrift. Für die Einlegung besteht kein Anwaltszwang. Der Konsul hat eine Abschrift der Berufungsschrift der Gegenpartei von Amtswegen in Gemäßheit des § 164 der CPrO. zustellen zu lassen und die Akten dem Berufungsgerichte (Reichsgericht, s. Bem. Nr. 3 vor § 472) zu übersenden. Dieses hat den Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Wegen Bekanntmachung des Termins und Bemessung der Fristen der §§ 481, 484 der CPrO. s. das cit. RG. § 20, Abs. 3, 4. Nach RG. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete in der Redaktion der Bekanntmachung v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 2 findet der § 20 d. RG. über die Konsulargerichtsbarkeit auf das Verfahren in den Schutzgebieten Anwendung. — Wegen Einlegung der Berufung gegen Entscheidungen des Patentamts s. Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) § 33; wegen des weiteren Verfahrens s. BO. v. 6. Dez. 1891 (RGBl. S. 389).

§ 480.

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Berufungsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Berufungsschrift insbesondere enthalten: die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), sowie die Angabe derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

Mot. S. 308. KPr. S. 236, 558.

1. Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124. Die Nichtbeachtung zieht auch hier Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich.

2. Auch die Vorschrift des § 480 Abs. 2 ist instruktionell. Die in der Berufungsschrift enthaltenen Berufungsanträge haben nur vorbereitende Natur und sind für den Berufungskläger in keiner Weise bindend. [Unrichtig Fuld Mag. f. d. DR. V S. 27 ff.] Der Berufungskläger kann die im Schriftsatze gestellten Anträge in der mündlichen Verhandlung beliebig verändern, erweitern und beschränken; er kann in der Verhandlung ganz andere Beschwerden erheben; er kann, wenn das Urteil sich auf mehrere selbständige Ansprüche erstreckt, in der mündlichen Verhandlung einen Antrag bezüglich eines anderen Anspruchs stellen, soweit nicht etwa ein gültiger Verzicht auf die Berufung bezüglich des anderen Anspruchs im Wege steht. Maßgebend für die Kognition des Berufungsgerichts sind nur die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge; s. Bem. Nr. 2 zu § 487. [Vgl. RG. 13. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 41 S. 163.]

§ 481.

In betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 308. KPr. S. 236, 558, 703, 725—731.

Vgl. die Bemerkungen zu § 234. Auch die kurze Frist für Meß- und Marktsachen gilt in der höheren Instanz. — Die in § 459 für das Verfahren vor den Amtsgerichten bestimmten Einlassungsfristen und die Frist des GVG. § 102 für das Verfahren vor den Kammern für Handelssachen haben im Verfahren vor dem Berufungsgerichte keine Bedeutung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 25, Fischer Beitr. z. E.

Digitized by Google

d. DR. XXV S. 683 N. 47. Unrichtig v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. II S. 409 ff.] Ob die abgekürzte Einlassungsfrist des § 567 Abs. 2 für Wechselsachen in den Rechtsmittelinstanzen gilt, ist zweifelhaft. Daß der Wechselprozeß hinter den Vorschriften über die Rechtsmittel steht und daß die Abkürzung in § 567 für den Wechselprozeß nicht für das Verfahren vor gewissen Gerichten, angeordnet ist, scheint dafür zu sprechen. Dagegen spricht aber die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im nordd. Entw. stand der dem § 481 entsprechende § 779 hinter dem vom Wechselprozesse handelnden Abschnitte, citierte aber nur den dem § 234 entsprechenden § 404; nach den nordd. Pr. S. 1535 ist die Herübernahme der kurzen Frist für Wechselsachen in das Berufungsverfahren abgelehnt worden. Bei dieser Sachlage ist § 567 Abs. 2 in den Rechtsmittelinstanzen nicht als anwendbar zu erachten. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 25, Petersen (2) S. 704 f., Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 494 ff., Stein Urk.Proz. S. 247 f. AM. Struckm. Koch N. 1, v. Krämel a. a. O., Barazetti Berufung S. 68.]

§ 482.

Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist. Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung.

Mot. S. 308 f. KPr. S. 236, 558 f.

1. Das Recht der Anschlußberufung, accessorische Adhäsion genannt im Gegensatze zu der Prinzipaladhäsion, d. i. der formell eingelegten und daher selbständigen Berufung des Gegners, findet sich im röm. Rechte: l. 39 pr. C. de appell. 7, 62; es ist anerkannt im kanonischen Rechte: c. 4 in 6to de elect. 1, 6, im Kammergerichtsprozesse: KGO. v. 1555 Th. III Tit. 32 § 5, RA. v. 1556 § 116, RA. v. 1594 § 96 und im früheren gem. Prozesse; vgl. Wetzell Syst. § 56 bei N. 51 ff., Renaud Lehrb. § 180. Litteratur z. CPrO.: Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 456 ff., Fenner eod. VII S. 67 ff.

2. Die Motive bemerken: „Die Berufung bringt, da die Berufungsschrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Berufungsinstanz. Demgemäß kann der Berufungsbeklagte sich der Berufung seinerseits anschließen und zwar ohne das gemeinrechtliche Erfordernis der Konnexität der Anschlußbeschwerden mit denen des Berufungsklägers und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welche allein die Berufung ausgeschlossen wäre (§ 94). Der Berufungskläger kann dies Recht durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Teil des Streitgegenstandes nicht beeinträchtigen, da auch er an Erweiterung derselben nicht gehindert ist."

Die Anschließung ist also für den ganzen Umfang des angefochtenen Urteils gestattet. Ist in demselben Urteile über mehrere Ansprüche entschieden, so kann der Berufungsbeklagte auch die Änderung der Entscheidung über einen anderen Anspruch beantragen; ist in demselben Urteile über Klage und Widerklage entschieden, so kann der Berufungsbeklagte auch die Änderung der Entscheidung über die Widerklage beantragen, wenn in der Berufungsschrift nur die Entscheidung über die Klage als beschwerend angeführt ist, und umgekehrt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 28, v. Kries Rechtsm. S. 150, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 250. AM. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 155 N. 201.] Nur wenn der Berufungskläger auf die Berufung bezüglich einer in dem Urteile enthaltenen Entscheidung über einen von mehreren selbständigen Ansprüchen verzichtet hat (§ 475), was aber keineswegs schon dadurch geschieht, daß er in der Berufungsschrift einen Teil des Urteils nicht als beschwerend ansieht, dann kann er in der mündlichen Verhandlung, bezüglich der diesen Anspruch betreffenden Entscheidung keine Anträge stellen; folglich kann auch der Berufungsbeklagte bezüglich dieser Entscheidung keine Änderung beantragen.

Digitized by Google

Einem Streitgenossen der ersten Instanz gegenüber, der nicht Berufung ergriffen hat, ist keine Anschließung möglich [OLG. Hamm SA. XXXVIII Nr. 62]. Der von einem Nebenintervenienten des Gegners eingelegten Berufung kann der Berufungsbeklagte sich anschließen [OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 244].

Die Anschließung ist nur möglich bezüglich des Urteils, wogegen das Rechtsmittel eingelegt ist. Daher ist es nicht möglich, durch Anschlußanträge ein selbständig anfechtbares Zwischenurteil (§§ 248, 276) oder ein Teilurteil anzugreifen, wenn die Berufung nur gegen das Endurteil oder ein anderes Teilurteil eingelegt ist.

3. Der Verzicht des Berufungsbeklagten auf die Berufung vor oder nach Erlassung des Urteils hindert die Anschließung nicht. Die Mot. S. 304 rechtfertigen dies damit, daß ein solcher Verzicht regelmäßig nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben werde. Daraus darf nicht geschlossen werden, daß diese Voraussetzung erwiesen werden müßte. — Vertragsmäßiger Ausschluß der Anschlußberufung und Verzicht auf die Anschließung ist wirksam (Mot. S. 304). Da Verzicht auf die Berufung die Anschließung nicht hindert, so steht auch die Zurücknahme der eigenen Berufung (§ 476) der Anschließung an die Berufung des Gegners nicht im Wege.

Anschließung an eine Anschließung, die nicht unter § 483 Abs. 2 fällt, hat wegen des Rechts, die Berufungsanträge stets zu erweitern, keine Bedeutung. Dagegen ist Anschließung an eine nach § 483 Abs. 2 als selbständige Berufung anzusehende Anschließung wegen der Möglichkeit, auf diesem Wege eine wegen Verzichts oder wegen § 94 unzulässige Berufung als Anschließung aufrecht zu erhalten, von Bedeutung. Deren Zulässigkeit ist nicht zu beanstanden [RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 11 S. 47]. Auch die Zurücknahme der eigenen Berufung hindert die Anschließung an die selbständige Anschlußberufung des Gegners nicht, da die Zurücknahme nicht anders als der Verzicht wirken kann.

4. a) Die Anschließung ist möglich bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das die Instanz abschließende Urteil des Berufungsgerichts ergeht. Wird in der Berufungsinstanz ein Teilurteil erlassen, so ist die Anschließung nur noch möglich bezüglich der durch das Teilurteil nicht erledigten Ansprüche [RG. 28. Jan. 1890 Entsch. XXV Nr. 65 S. 309]. Hat das Revisionsgericht unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 528), so ist eine Anschlußberufung nicht mehr zulässig, weil das nachfolgende Verfahren eine Fortsetzung der Revisionsinstanz darstellt. [Vgl. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. XI S. 229 f., 249 ff., KG. Berlin 1. Mai 1882 eod. S. 251 N. 2, S. Seuffert eod. VII S. 54 und betreffs des früheren preuß. Rechts Strieth Arch. LXXX S. 21. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 528, Wilm. Levy N. 3 zu § 528, Gaupp II S. 26 bei N. 10, A. Förster N. 4 zu § 482, Hellmann Lehrb. S. 754, Struckmann Ztschr. f. d. CPr. VI S. 404 ff., RG. 20. Dez. 1882 cit. in Entsch. XII S. 410, 22. Dez. 1884 Entsch. XII S. 408 ff., bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 234.]

b) Die Anschließung kann auch als eventuelle erfolgen. Nicht bloß ist jede Anschließung, die unter Beanstandung der Berufungsformalien erklärt wird, eo ipso bloß eventuell, wenn sie nicht innerhalb der Berufungsfrist erfolgte (arg. § 483), sondern es ist auch zulässig, den Anschließungsantrag ausdrücklich nur für den Fall zu stellen, daß die Berufung nicht als unbegründet verworfen werde. Es ist sehr wohl möglich, namentlich bei Berufung gegen Eidesurteile, daß der Berufungsbeklagte für den Fall der Aufrechthaltung des angefochtenen Urteils kein großes Interesse an einer Änderung zu seinen Gunsten hat, während er im Falle der Abänderung eine Änderung zu seinen Gunsten zu begehren in der Lage ist. Ein prozeßrechtliches Bedenken gegen einen solchen eventuellen Abänderungsantrag besteht nicht, da die Anschließung nicht, wie die Klage und die Berufung, eine Instanz

Digitized by Google

eröffnet und es zur Zeit der Erlassung des Urteils über die Berufung dem Gerichte klar sein muß, ob die Eventualität, für die der Anschließungsantrag gestellt ist, eingetreten ist oder nicht. [Vgl. Gaupp II S. 26 bei N. 11, Petersen Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 526 ff., RG. 17. März 1885 Entsch. XIII Nr. 92 S. 358, 17. Dez. 1886 XVII Nr. 11 S. 47, 16. März 1892 XXIX Nr. 98 S. 377, bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 291. AM. OLG. Jena SA. XL Nr. 159.]

c) Die Anschließung erfolgt durch die Verlesung (§ 269) des Antrags in dem Termine zur mündlichen Verhandlung. Ein dem Berufungskläger zugestellter, einen Abhäsionsantrag enthaltender Schriftsatz ist nur Vorbereitung der Anschließung (Mot. S. 304). [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 zu § 482, Gaupp II S. 26, Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 457, Fenner eod. VII S. 68, RG. 24. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 104 S. 345, 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 114 S. 380, 26. Jan. 1884 XII Nr. 126 S. 434, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 71, OLG. Naumburg Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 153.] Daraus, daß die Anschließung erst in dem mündlichen Vortrage des Abänderungsantrags gelegen ist, und aus der Erwägung, daß die Anschlußberufung dem Gegner erklärt werden muß, folgt, daß eine Anschlußberufung in einem Verhandlungstermine, worin der Berufungskläger nicht erschienen ist, nicht möglich ist, geradeso, wie eine Widerklage in Abwesenheit des Klägers nicht erhoben werden kann (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 33). [So auch Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 26, A. Förster N. 3, Kleinschmidt a. a. O. S. 460, Fenner a. a. O. S. 69, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 71. AM. Struckm. Koch N. 5 zu § 504, Hellmann Lehrb. S. 684, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XI S. 355, Troll Vers.Urt. S. 163, Deybeck Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 320 ff., RG. 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 114 S. 380, 26. Jan. 1884 Entsch. XII Nr. 126 S. 434.] Eine Ausnahme von der Regel, daß die Anschließung durch Verlesung der Anträge in dem Termine erfolgt, ergiebt sich jedoch aus § 483 Abs. 2. Da nämlich die Anschließung, die dem Berufungskläger innerhalb der Berufungsfrist zugestellt wurde, als selbständige Berufung angesehen wird (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 483), so erfolgt in diesem Falle die Anschließung durch die Zustellung des die Anschließung erklärenden Schriftsatzes. Konsequenzen hinsichtlich des Versäumnisverfahrens s. Bem. Nr. 3 zu § 504.

5. Zu Abs. 2: Aus den Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnisurteils (§ 474) ergiebt sich, daß Anschließung des Kontumazierten unmöglich ist. Der Berufung gegen ein Urteil, das teilweise die Klage abweist und teilweise als erstes Vers.Urt. den Beklagten verurteilt, kann der Kontumazierte sich nicht anschließen, weil er das erste Vers.-Urt. nicht mit Berufung anfechten kann (§ 474). Die beiden Vers.Urteile aber, wogegen der Kontumazierte appellieren könnte, nämlich das den Einspruch verwerfende Vers.Urteil (§ 310) und das den Antrag auf Wiedereinsetzung abweisende Vers.Urteil (§ 216 Abs. 2), können nicht teilweise zu Ungunsten der erschienenen Partei lauten, daher von dieser wegen Mangels eines Beschwerdegrundes nicht mit Berufung angefochten werden, so daß also eine Anschließung des Kontumazierten wieder nicht vorkommen kann [vgl. Troll Vers.Urt. S. 247 f.].

§ 483.

Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

Mot. S. 303, 304. KPr. S. 236, 558, 559.

Digitized by Google

1. Um ihrer Abhängigkeit von der Berufung willen verliert die Anschließung ihre Wirkung: a) bei Zurücknahme der Berufung. Wird die Berufung vor dem Beginne der Verhandlung des Berufungsbeklagten zurückgenommen, so liegt noch gar keine Anschließung vor (s. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 482); aber die Kosten, die durch die Vorbereitung der Anschließung entstanden, müssen von dem Berufungskläger erstattet werden [RG. 24. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 104 S. 345]. Wird die Berufung nach diesem Zeitpunkte zurückgenommen, was nur mit Einwilligung des Gegners geschehen kann (§ 476 Abs. 1), so liegt in der Einwilligung der Verzicht auf die Anschließung. b) Bei Verwerfung der Berufung als „unzulässig" (§ 497). Dadurch, daß die Berufung als unbegründet verworfen wird, wird die Anschließung nicht wirkungslos. Bei Verwerfung der Berufung wegen Versäumnis des Berufungsklägers behält die in einer früheren mündlichen Verhandlung vorgetragene Anschließung ihre Wirkung.

2. Ausnahmsweise wird die Anschließung als selbständige Berufung behandelt, wenn der Berufungsbeklagte sich innerhalb der Berufungsfrist angeschlossen hat. Dazu ist nicht erforderlich, daß der Anschlußantrag in einem innerhalb der Berufungsfrist liegenden Verhandlungstermine mündlich gestellt wurde, sondern es genügt, wenn innerhalb der Berufungsfrist dem Berufungskläger ein Schriftsatz zugestellt wurde, worin die Anschließung erklärt ist. In diesem Falle die Zustellung des Schriftsatzes als Anschließung zu behandeln, rechtfertigt sich aus folgenden Gründen. Der Inhalt eines Schriftsatzes, worin die Anschlußberufung erklärt wird, unterscheidet sich von dem Inhalte der Berufungsschrift (§ 479) nur durch das Fehlen der Ladung. Wenn nun die vom Berufungsbeklagten rechtzeitig erfolgte Zustellung einer Schrift mit Ladung im Verhältnisse zu der Berufung des Gegners selbständig ist, so muß auch die innerhalb der Frist erfolgte Zustellung einer Anschlußschrift ohne Ladung die gleiche Wirkung haben; denn die Ladung ist wegen der vorangehenden Ladung doch eigentlich überflüssig. Ferner wäre die Vorschrift des § 483 praktisch bedeutungslos, wenn man sie auf den Fall beschränken wollte, wo der Verhandlungstermin innerhalb der Berufungsfrist liegt; denn das kann bloß bei Abkürzung der Einlassungsfrist und etwa noch in Meß- und Marktsachen vorkommen. Endlich fällt ins Gewicht, daß der nordd. Entw. § 783 ausdrücklich die Zustellung des Schriftsatzes für genügend erklärte und daß die Verf. der Mot. S. 304 trotz des Fehlens einer derartigen Bestimmung den § 483 in diesem Sinne auslegen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 28 f., Planck I S. 186 N. 50, S. 315 bei N. 19, S. 426 bei N. 54, Barazetti Berufung S. 93, Kleinschmid Ztschr. f. d. CPr. V S. 459, Troll Verf.Urk. S. 163 f. u. a. AM. A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 683, v. Kries Rechtsmittel S. 151 f. und ältere Aufl. dieses Kommentars.]

Für die als selbständige Berufung zu behandelnde Anschließung gelten die Vorschriften des Abs. 1 nicht. Wird aber die Hauptberufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen, so kann auch die innerhalb der Berufungsfrist erfolgte Anschließung nicht als selbständige Berufung in Betracht kommen, wenn sie als selbständige Berufung, z. B. weil sie nur die Entscheidung im Kostenpunkte betraf oder wegen Verzichts, nicht zulässig gewesen wäre (KPr. S. 236). [Vgl. a. RG. 8. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 120 S. 433.]

§ 484.

Der Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Digitized by Google

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge sowie die Angabe der neuen Thatsachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte geltend zu machen beabsichtigt.

Mot. S. 303. KPr. S. 236, 559.

Vgl. § 244. Die Vorschriften des § 484 sind instruktionell; deren Nichtbeachtung zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Für den Schriftsatz gelten die §§ 121 ff.

§ 485.

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

Mot. S. 303. KPr. S. 236—238, 559.

1. Die Abweichungen sind in den §§ 486—506 enthalten. — Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs finden auf das Verfahren vor den Berufungsgerichten direkte Anwendung. Ebenso die besonderen Vorschriften für den Urkunden- und Wechselprozeß (vgl. jedoch Bem. zu § 481), sowie für das Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen.

2. Wegen der Möglichkeit des vorbereitenden Verfahrens in Rechnungssachen (§ 313—319) s. Bem. Nr. 1 zu § 313.

§ 486.

Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist noch nicht verstrichen ist, auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablaufe der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urteil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertagen.

Mot. S. 304, 305. KPr. S. 238, 559.

1. Ist an dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Tage die Berufungsfrist für den Berufungsbeklagten noch nicht verstrichen, was in Meß- und Marktsachen sowie bei Abkürzung der Einlassungsfrist möglich ist, so muß die Verhandlung auf Antrag des Berufungsbeklagten bis zum Ablaufe der Frist vertagt werden, damit für den Fall, daß der Berufungsbeklagte seinerseits noch Berufung einlegt, über die beiderseitigen Berufungen gemeinsam verhandelt und entschieden werden kann (Mot. S. 304). In den Entwürfen hieß es „die Berufungsfrist für den Berufungsbeklagten". Die Worte „s. d. Berufungsbekl." wurden in der JK. d. RT. als überflüssig gestrichen, weil die Berufungsfrist für beide Parteien einheitlich laufe (KPr. S. 238). Das trifft für Urteile, die von Amtswegen zuzustellen sind, nicht zu (s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477). Trotz dem Abstriche ist der § 486 so zu verstehen, wie wenn die bezeichneten Worte nicht gestrichen wären.

2. Daß der Berufungsbeklagte gegen das angefochtene Urteil Einspruch erhoben hat, kann nur vorkommen, wenn das Gericht nach § 296 teilweise nach dem Antrage des Klägers erkannt und teilweise die Klage als durch das mündliche Vorbringen des Klägers nicht gerechtfertigt abgewiesen hat. In diesem Falle ist die mündliche Verhandlung über die Berufung von Amtswegen zu vertagen, bis der Einspruch durch Zurücknahme oder rechtskräftige Entscheidung erledigt ist. Der Verhandlungstermin ist soweit hinauszusetzen, daß der Einspruch erledigt sein kann; eventuell ist weiter zu vertagen.

3. Gegen die Abweisung eines Vertagungsantrags findet Beschwerde statt; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 206.

4. Eine Ausnahme von § 486 s. § 656 Abs. 2.

Digitized by Google

§ 487.

Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt.

Mot. S. 305. KPr. S. 238, 559.

1. Mot. S. 305: „Die §§ 487—493 verwirklichen den Charakter der Berufung als eines novum iudicium. Der Rechtsstreit wird vor dem Berufungsgerichte in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von neuem verhandelt (§§ 487, 498)."

2. Die Grenzen der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte bestimmen die in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte nach § 269 verlesenen Anträge des Berufungsklägers und des Berufungsbeklagten. Schranken für die Berufungsanträge ziehen die §§ 490, 491. — Innerhalb der durch die Anträge bestimmten Grenzen hat das Berufungsgericht selbständig und ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien gebunden zu sein, den Prozeßstoff in allen Beziehungen neu zu prüfen [RG. 30. April 1881 Entsch. IX Nr. 120 S. 422]. Konsequenz des § 487 ist der § 498.

§ 488.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urteil sowie die dem Urteile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

Mot. S. 305, 307. KPr. S. 238, 239, 559.

1. Litteratur: Wach Vortr. S. 184 f., Erythropel Ztschr. f. d. CPr. III S. 132 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 271 ff., Bünger Ztschr. f. d. CPr. IV S. 352 ff., Bierhaus eod. V S. 99, Rocholl Rechtsf. I S. 497 ff., Koffka Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 169 ff. Vgl. a. d. Litteraturangaben in Bem. Nr. 1 zu § 258.

2. Die Mot. bemerken:

„Die neue Verhandlung umfaßt nach § 488 eine vollständige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Die Natur des auf Anfechtung eines Urteils gerichteten Rechtsmittels bringt es mit sich, daß das angefochtene Urteil die Grundlage der Verhandlung bildet. Der Rechtsstreit soll nicht derart von neuem verhandelt werden, als wäre das Urteil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden. Es bleibt immer die Richtigkeit des Urteils zu prüfen, und diese Prüfung muß sich an das dem Gerichte vorliegende Urteil anschließen. Durch den § 506 Abs. 1 ist daher Vorsorge getroffen, daß zur Prozeßleitung dem Berufungsgerichte die Prozeßakten erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung vorliegen. Das unter Benutzung dieser Akten auszuübende richterliche Fragerecht (§§ 130, 488 Abs. 2) gewährt dem Rechte und der Pflicht des Gerichts, für vollständige Erörterung der Sache zu sorgen, die erforderliche Grundlage, und es können auf diese Weise alle Zweifel, ob die eine oder die andere Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urteils vorgebracht sind, aufrecht erhalten oder fallen lassen will, ihre Erledigung finden." Vgl. a. KPr. S. 239.

„Der § 488 Abs. 2 läßt erkennen, daß die Beweisverhandlungen der ersten Instanz auch im Berufungsverfahren gelten. Der theoretisch unbedenkliche Satz hat aber Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung. Insbesondere stellt die erneute Würdigung der in erster Instanz vernommenen Zeugen diejenige Seite der neuen thatsächlichen Erörterung in der Berufungsinstanz dar, welche die am wenigsten wünschenswerte ist und im ge-

Digitized by Google

ringsten Maße einen besseren Erfolg verspricht, zumal wenn die Zeugen — was die Regel sein soll — vor dem Prozeßgerichte vernommen sind. Eine regelmäßige Wiederholung des Zeugenverhörs durch das Berufungsgericht ist nicht ausführbar; erscheint dieselbe aber im einzelnen Falle nach dem Ermessen des Gerichts zu dessen gehöriger Information erforderlich, so giebt ihm die von aller Spezialisierung freigehaltene und nach § 485 anwendbare Vorschrift des § 363 Abs. 1 die Befugnis, die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anzuordnen. In gleicher Weise ist der Berufungsrichter zur Anordnung neuen bzw. zu wiederholenden Sachverständigenbeweises berechtigt (§§ 369, 377, 135 Abs. 1)."

Das Berufungsgericht darf weder thatsächlichen Prozeßstoff noch Beweisverhandlungen seiner Entscheidung zu Grund legen, die ihm von den Parteien nicht mündlich vorgetragen (reproduziert) sind (KPr. S. 239). Dieser Satz folgt aus dem Grundsatze der Mündlichkeit. Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vortrags wird durch die Kontrolle des Gegners, des Vorsitzenden (§§ 127 Abs. 2, 130) und der Gerichtsmitglieder (§ 130 Abs. 3) verbürgt. Die Verhandlungen der Vorinstanz einschließlich der Beweiserhebungen sind durch die Akten amtlich zur Kenntnis des Gerichts gelangt. Das Gericht hat das Recht und die Pflicht, auf Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Parteivorträge aufmerksam zu machen und deren Vervollständigung oder Berichtigung herbeizuführen. Stellt sich erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung die Unvollständigkeit der Parteivorträge heraus, so darf das Gericht zwar nicht verwerten, was nicht reproduziert ist, es darf aber auch nicht urteilen, ohne den Versuch gemacht zu haben, in der wieder eröffneten Verhandlung die Vervollständigung herbeizuführen. Aber die Parteien können nicht gezwungen werden, das Material der ersten Instanz vorzutragen, und was sie in zweiter Instanz nicht vorgetragen haben, das darf nicht bei der Urteilsfällung verwertet werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 33, Planck I S. 183 f., Erythropel a. a. O. S. 137, Bünger a. a. O. S. 352 ff., Bierhaus a. a. O. S. 99, Barazetti Berufung S. 106, v. Krämel Beitr. z. E. d. DR. XVI S. 819 ff., Troll Verf.Urt. S. 172 ff., RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV N. 102 S. 369 f., 20. Nov. 1882 VIII N. 88 S. 327. Dagegen behaupten Wach Vortr. S. 184 f., Koffka a. a. O., v. Kries Rechtsmittel S. 155, Rocholl a. a. O. und Hellmann Lehrb. S. 704 ff., das Berufungsgericht müsse den ganzen in den Akten der ersten Instanz enthaltenen Prozeßstoff als offenkundig behandeln und berücksichtigen, auch wenn er nicht reproduziert sei. Vgl. a. Lippmann Arch. f. c. Pr. LXX S. 90, der diese Ansicht mit Beschränkung auf den Inhalt des Urteils vertritt.] — Natürlich ist durch den Vortrag des Thatbestandes des angefochtenen Urteils das in dem Thatbestande erwähnte Parteivorbringen reproduziert [RG. 23. Juni 1881 Entsch. V Nr. 115 S. 104, 24. Juni 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 146; vgl. a. Entsch. IV S. 420].

3. § 488 gilt auch im Versäumnisverfahren [RG. 25. Jan. 1881 Entsch. IV Nr. 102 S. 371]. Beim Ausbleiben des Berufungsklägers bedarf es allerdings keines Vortrags des angefochtenen Urteils ꝛc.; wohl aber beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten; der Berufungskläger hat das Urteil ꝛc. ꝛc. vorzutragen.

§ 489.

Eine Änderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft.

Mot. S. 305. KPr. S. 238, 559.

1. Wäre eine Änderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens über einen Rechtsstreit verhandelt werden, der nicht in erster Instanz verhandelt ist (Mot. S. 305).

Digitized by Google

2. Der Begriff der Klagänderung ist derselbe, wie in der ersten Instanz; vgl. hierüber Bem. Nr. 2 zu § 240. Die in dem § 240 Nr. 1—3 aufgeführten, nicht als Änderung der Klage geltenden Ergänzungen, Berichtigungen, Beschränkungen und Erweiterungen sind also auch in der Berufungsinstanz zulässig [vgl. RG. 28. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 69 S. 251, 16. Jan. 1889 XXIII Nr. 98 S. 416 ff., 27. Juni 1889 Nr. XLV Nr. 47, 16. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 106 S. 426 ff.]; ebenso die im Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 dem Konkursverwalter gestatteten Erweiterungen und Änderungen. Wegen Zulässigkeit der Erweiterung, wenn in der ersten Instanz nach dem Antrage erkannt ist, s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 491. Wegen der Möglichkeit einer durch die Erweiterung eintretenden Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit s. Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu § 491.

3. Ob eine Klagänderung vorliege, ist von Amtswegen zu prüfen. Beruht der Berufungsantrag auf einer Klagänderung, so ist die Berufung als unbegründet — nicht als unzulässig — zu verwerfen [vgl. RG. 4. Juni 1886 SA. XLII Nr. 167]. Wegen Anwendung des § 242 auf die Berufungsinstanz s. Bem. Nr. 2 zu § 242.

4. Für Ehesachen ist § 489 durch § 574 modifiziert; s. Bem. Nr. 2 zu § 574.

§ 490.

Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft gemacht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.

Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 305, 306. KPr. S. 238, 559.

1. Unter prozeßhindernden Einreden sind nur die in § 247 Nr. 1—5 aufgeführten Verteidigungsbehelfe zu verstehen. Auf welche von diesen sog. Einreden die Partei wirksam verzichten kann, ist in Bem. Nr. 11 zu § 247 erörtert. Die Einreden, auf die die Partei verzichten kann, werden gemäß § 247 im Verfahren vor den Landgerichten durch den Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache, im Verfahren vor den Amtsgerichten gemäß § 465 durch den Schluß der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, ausgeschlossen. Diese Ausschließung (Präklusion) dauert gemäß § 490 für die Berufungsinstanz fort. Gleichwie jedoch gegen die durch den Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache eingetretene Präklusion unter den in Abs. 3 des § 247 angeführten Voraussetzungen schon in der ersten Instanz Inzidentrestitution gewährt wird, so wird auch in der zweiten Instanz gegen die in der ersten Instanz eingetretene Präklusion eine Art von Inzidentrestitution gewährt, wenn der Beklagte der ersten Instanz glaubhaft macht, daß er ohne Verschulden außer stande gewesen sei, die Einrede in der ersten Instanz vorzubringen. Soweit die Einrede der Unzuständigkeit in der ersten Instanz nicht an der Restitutionsmöglichkeit teilnimmt (vgl. Bem. Nr. 11 zu § 247), d. i. insoweit Prorogation nach § 39 eingetreten ist, kann sie auch in der Berufungsinstanz nicht nachgeholt werden. Die in der Berufungsinstanz neu entstandenen prozeßhindernden Einreden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 103 und Bem. Nr. 3 litt. a Abs. 2 zu § 491) können natürlich ohne diese Glaubhaftmachung geltend gemacht werden. Diese Vorschriften gelten auch für den Fall, daß in der ersten Instanz nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist [bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 160].

Digitized by Google

2. Das in § 247 Abs. 1 enthaltene Gebot, die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorzubringen, ist für die Berufungsinstanz ohne Bedeutung, weil für diese Instanz die Befugnis des Beklagten, auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, überhaupt durch § 490 Abs. 2 beseitigt ist. Dagegen gilt das ebenfalls in § 247 Abs. 1 enthaltene Gebot, die prozeßhindernden Einreden vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen, samt dem in Abs. 3 auf die Nichtbeachtung dieses Gebots angedrohten Präjudize auch für die Berufungsinstanz. Folglich wird der Beklagte (einerlei ob er Berufungskläger oder -beklagter ist), der in der Berufungsinstanz zur Hauptsache verhandelt, ohne zuvor seine prozeßhindernden Einreden vorgebracht zu haben, damit ausgeschlossen, soweit sie verzichtbar sind, und kann gegen diese Präklusion nur mit der Glaubhaftmachung aufkommen, daß er ohne sein Verschulden nicht im stande gewesen sei, die Einrede vor der Verhandlung zur Hauptsache in der Berufungsinstanz vorzubringen. Handelt es sich um eine prozeßhindernde Einrede, die bereits in der ersten Instanz bestand, so muß der Beklagte nicht bloß glaubhaft machen, daß er ohne sein Verschulden außer stande gewesen, die Einrede in der ersten Instanz vorzubringen, sondern auch, daß die Verspätung in der zweiten Instanz entschuldbar sei. [Vgl. v. Kries Rechtsmittel S. 185 f.] Unverzichtbare prozeßhindernde Einreden (s. Bem. Nr. 11 zu § 247) können jederzeit geltend gemacht werden.

3. Wegen der Anordnung der abgesonderten Verhandlung s. Bem. Nr. 1 c zu § 465.

§ 491.

Die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des § 240 Nr. 2, 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensiert werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

Mot. S. 306. KPr. S. 238, 550. Prot. d. 168. Sitz. S. 7, der 169. Sitz. S. 11.

1. Zu Abs. 1: a) Während nach dem früheren gem. Prozeßrechte neue Thatsachen und Beweismittel in der Berufungsinstanz nur aus Restitutionsgründen nachgebracht werden konnten [Wetzell Syst. § 56 bei Nr. 72 ff.], giebt die CPrO. in Übereinstimmung mit dem röm. Prozeßrechte und den meisten neueren Prozeßgesetzen dem Berufungskläger und dem Berufungsbeklagten, diesem auch ohne Anschließung, das Recht, innerhalb der durch §§ 491 Abs. 2, 492, 494, 495 gezogenen Schranken neue, d. s. in der ersten Instanz nicht geltend gemachte Angriffs- und Verteidigungsmittel, also neue Thatsachenbehauptungen und Bestreitungen sowie neue Beweismittel und Beweiseinreden (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137) ohne weiteres vorzubringen. Sowohl die Partei, die in der ersten Instanz zum Beweise einer Thatsache sich nur der Eideszuschiebung bediente, als auch der Gegner kann, wenn der Eid noch nicht geleistet ist, in der zweiten Instanz andere Beweismittel vorbringen (KPr. S. 238); die Eideszuschiebung muß nach Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt werden, wenn nicht bereits eine Eideserklärung vorliegt; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 418, Bem. Nr. 2 zu § 419 und Bem. Nr. 1 zu § 495. [Vgl. a. Hönemann Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 29 ff.]

b) Die nach §§ 252, 321, 339, 344, 398 in erster Instanz zurückgewiesenen oder ausgeschlossenen Verteidigungs- und Beweismittel können in der Berufungsinstanz geltend

Digitized by Google

gemacht werden. Auch die nach § 319 in der ersten Instanz eingetretenen Präklusionen wirken nicht für die Berufungsinstanz fort; s. Bem. Nr. 4 zu § 319.

c) Wegen der Möglichkeit, der in der Berufungsinstanz auf Grund neuen Vorbringens obsiegenden Partei die Kosten der Berufungsinstanz ganz oder teilweise aufzuerlegen, s. § 92. Vgl. a. GKG. § 49, wonach eine besondere Gebühr für Aufnahme neuer Beweise erhoben werden kann.

2. Zu Abs. 2: Den Gegensatz zu neuem Vorbringen bilden neue Ansprüche (nouvelles demandes, code de proc. art. 464). Diese sind grundsätzlich ausgeschlossen, weil der Gegenstand der Berufung durch die erste Instanz fixiert ist und das Rechtsmittel sich gegen die in dieser Instanz erlassene Entscheidung richtet (Mot. S. 306). Wegen des Begriffs „Anspruchs" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. — Aus § 491 Abs. 2 folgt, daß eine Widerklage in zweiter Instanz nicht erhoben werden kann [Mot. S. 306, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 127], auch nicht, wenn dieselbe Forderung in der ersten Instanz zur Aufrechnung vorgebracht war. Ebensowenig können neue Feststellungsanträge nach § 253 in der zweiten Instanz gestellt werden; präjudizielle Streitpunkte, deren Feststellung in der ersten Instanz nicht beantragt war, können von dem Berufungsgerichte nicht rechtskräftig entschieden, sondern nur in den Entscheidungsgründen ohne Rechtskraftwirkung erledigt werden. [Vgl. Wilm. Levy Nr. 3, Gaupp II S. 38, RG. 4. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 93 S. 366, OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 237. AM. Eccius in Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 159.] — Wer die Retentionseinrede vorbringt, macht keinen Anspruch geltend; sie kann also in der Berufungsinstanz neu vorgebracht werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 38, Wach Vortr. S. 192, RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 105 S. 364, 5. Dez. 1882 SA. XXXVIII Nr. 281, 17. Jan. 1883 Entsch. XV Nr. 118 S. 421, 4. Jan. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1109.] — Neue Ansprüche sind die in erster Instanz nicht vorgebrachten. Auch Ansprüche, die in der ersten Instanz vorgebracht waren, jedoch aus irgend welchem Grunde zurückgezogen wurden, sind neue im Sinne des § 491 [bay. ob. LG. SA. XL Nr. 73]; zurückgezogene Nebenansprüche im Sinne des § 240 Nr. 2 können natürlich wieder vorgebracht werden [RG. 11. Jan. 1893 SA. XLVIII Nr. 215]. Ansprüche, die in der ersten Instanz vorgebracht, aber aus prozeß- oder materiellrechtlichen Gründen abgewiesen wurden, sind keine neuen Ansprüche im Sinne des § 491 [RG. 14. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 96 S. 410].

3. Zu Abs. 2: Die in Bem. Nr. 2 erörterte Regel erleidet folgende Ausnahmen:

a) Eine unter § 240 Nr. 2 und 3 fallende Erweiterung und Änderung des Klagantrags ist auch in der Berufungsinstanz zulässig. Was unter Erweiterung zu verstehen ist, ist in Bem. Nr. 3 litt. c zu § 240 erörtert. Welche Änderung unter § 240 Nr. 3 fällt, s. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 240. Zulässig sind ferner die im Anf.Ges. v. 21. Juli 1879 § 13 dem Konkursverwalter gestatteten Erweiterungen und Änderungen. — Solche Erweiterungen und Änderungen sind dem Kläger sowohl dann gestattet, wenn er der Berufungskläger, wie wenn er der Berufungsbeklagte ist [RG. 27. Juni 1889 SA. XLV Nr. 47, 16. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 68 S. 378]. Sie sind auch dann zulässig, wenn in der ersten Instanz nach dem Antrage des Klägers erkannt worden ist. Der Kläger kann die Berufung gegen das nach seinem Antrage lautende Urteil der Vorinstanz zu dem Zwecke einlegen, um eine unter § 240 Nr. 2, 3 fallende Erweiterung oder Änderung in der zweiten Instanz vorzunehmen; denn das Recht auf Berufung ist ein Recht auf ein novum iudicium über dieselbe Streitsache; daß aber die Sache trotz einer unter § 240 Nr. 2, 3 fallenden Erweiterung oder Änderung als dieselbe gilt, ist in § 491 ausgesprochen. Die Zulässigkeit einer Erweiterung ꝛc., wenn in der ersten Instanz nach dem

Digitized by Google

dort gestellten Antrage erkannt wurde, wird für den Fall, daß der Kläger Berufungsbeklagter ist, nicht bestritten; vgl. Wilm. Levy Nr. 1, sowie RG. 27. Juni 1889 SA. XLV Nr. 47 u. 16. März 1892 Entsch. XXIX Nr. 98 S. 378. Daß der Kläger auch als Berufungskläger seine Anträge erweitern kann, wenn in der ersten Instanz nach seinem Antrage erkannt wurde, bestreiten Wilm. Levy Nr. 2, Gaupp II S. 6 bei N. 13, A. Förster N. 4 zu § 472, Fitting Lehrb. (7) S. 548 N. 2, RG. 30. Sept. 1884 Entsch. XIII Nr. 105 S. 390, vgl. a. XXIX S. 378, wogegen Struckm. Koch N. 2 zu § 489, v. Kries Rechtsmittel S. 51, Barazetti Berufung S. 121, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 130 und das bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 76, SA. XLVIII Nr. 131 der oben vorgetragenen Ansicht zustimmen. Man erwäge folgenden Fall: A hatte wegen einer Körperverletzung auf Entschädigung geklagt; er hatte eine Entschädigung von x verlangt und zugesprochen erhalten; nach dem Urteile, aber vor dessen Rechtskraft stellt sich heraus, daß die Verletzung viel schlimmere Folgen in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers hat, als er in erster Instanz selbst geglaubt und behauptet hatte. Sollte dem Kläger die Möglichkeit verschlossen sein, nunmehr eine höhere Entschädigung in der Berufungsinstanz zu verlangen? Sollte diese Möglichkeit an dem rein zufälligen Umstande scheitern, daß ihm in erster Instanz nicht eine Mark weniger zuerkannt wurde, als er begehrt hat? Gegen Mißbrauch bietet der § 92 Abs. 2 Schutz. Daß der gemäß seinem Anerkenntnisse verurteilte Beklagte die Berufung ergreifen kann, hat auch das RG. 1./8. Febr. 1893 [Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 1231 und SA. XLIX Nr. 130] anerkannt.

Ist die Berufung gegen das Urteil eines Amtsgerichts eingelegt, so kann sich durch die Erweiterung ergeben, daß der Wert des Streitgegenstands die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts übersteigt. Wie durch eine solche Erweiterung in der ersten Instanz die Unzuständigkeit des Amtsgerichts herbeigeführt worden wäre (§ 467), so wird jetzt in der Berufungsinstanz die Unzuständigkeit des Landgerichts als *Berufungsgericht* herbeigeführt; denn dessen Zuständigkeit als Berufungsgericht beruht auf der Unterstellung, daß das Amtsgericht für die Sache in erster Instanz zuständig wäre. Daher entsteht jetzt für den Beklagten der ersten Instanz, einerlei ob er Berufungskläger oder Berufungsbeklagter ist, die (verzichtbare) Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Landgerichts als Berufungsgerichts. Macht der Beklagte vor der Einlassung auf den erweiterten Antrag die Unzuständigkeit geltend, so muß das Berufungsgericht unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils die Unzuständigkeit des Amtsgerichts aussprechen und, wenn eine der Parteien rechtzeitig auf Verweisung an das Landgericht anträgt, den Rechtsstreit an das Landgericht als erste Instanz verweisen. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2 zu § 489, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 136, XXV S. 159. Abweichend: Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 835 bei N. 15 II S. 39, Heidenfeld Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 587, Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXII S. 471 ff.] Läßt der Beklagte sich vor dem Berufungsgerichte auf die Verhandlung über den erweiterten Antrag ein, so wird gemäß § 38 die hypothetische Zuständigkeit der ersten Instanz und folglich auch die des Landgerichts als Berufungsgericht hergestellt; das Landgericht urteilt dann als Berufungsgericht.

b) Zum Zwecke der Aufrechnung dürfen neue Ansprüche geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, sie in der ersten Instanz geltend zu machen. War in der ersten Instanz eine Gegenforderung gegen eine von mehreren Forderungen zur Aufrechnung geltend gemacht, so kann sie ohne die in Abs. 2 geforderte Glaubhaftmachung in der Berufungsinstanz auch gegen eine andere Forderung geltend gemacht werden [RG. 1. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 99 S. 375]. Ebenso, wenn eine Forderung in der ersten Instanz zur Aufrechnung geltend

Digitized by Google

gemacht, diese Verteidigung aber als verspätet zurückgewiesen wurde (§ 252). — Die nicht konnexe Gegenforderung kann auch in zweiter Instanz zu getrenntem Prozesse verwiesen werden (§ 136 Abs. 2). Diese Verweisung hat dieselbe Wirkung wie in erster Instanz (vgl. Bem. Nr. 5 litt. c zu § 136); die Gegenforderung bleibt also nicht in zweiter Instanz anhängig.

4. Die Vorschrift des § 491 Abs. 2 ist von Amtswegen zu beachten. Neue Ansprüche können auch nicht mit Zustimmung des Gegners zur Verhandlung gebracht werden. [Wach Vortr. S. 193 behauptet eine Ausnahme bezüglich der Kompensationseinrede. Dagegen v. Kries S. 171 ff.] Natürlich kann der Kläger jede Aufrechnung zulassen und demgemäß seinen Anspruch ermäßigen, ohne daß die Voraussetzungen des § 491 Abs. 2 vorliegen; aber eine Entscheidung über die Kompensationsforderung ist ohne diese Voraussetzungen auch nicht mit seiner Einwilligung möglich. Werden dem § 491 Abs. 2 zuwider neue Ansprüche erhoben, so hat sich das Berufungsgericht einer sachlichen Entscheidung darüber zu enthalten.

§ 492.

Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in erster Instanz verloren hat.

Mot. S. 306. KPr. S. 238, 559.

Vgl. die Bemerkungen zu § 267. — Gemäß § 485 gilt § 267 auch innerhalb der Berufungsinstanz.

§ 493.

Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

Mot. S. 306, 307. KPr. S. 238, 559.

Die in erster Instanz durch den Schluß der Verhandlung eingetretene Präklusion der Befugnis zur Bestreitung der thatsächlichen Behauptungen des Gegners (§§ 129, 296), insbesondere auch zur Bestreitung der Echtheit einer Urkunde (§ 404), und die Präklusion der Eideserklärung (§ 417) wirkt nicht fort in der Berufungsinstanz. Daher können die in erster Instanz nicht bestrittenen (im Gegensatze zu zugestandenen) Thatsachen einschließlich der Echtheit einer Urkunde in zweiter Instanz ohne die Voraussetzungen des § 263 bestritten, es kann ein zugeschobener Eid, der in erster Instanz wegen unterbliebener Eideserklärung als verweigert galt, angenommen und zurückgeschoben werden. — Inwieweit die in erster Instanz eingetretene Versäumnis der bezeichneten Erklärungen auf die freie Beweiswürdigung der betreffenden Thatsachen einwirkt, unterliegt, soweit nicht positive Beweisregeln dazwischen treten, dem richterlichen Ermessen (Mot. S. 307, nordd. Entw. § 790).

§ 494.

Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständnis behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Mot. S. 307. KPr. S. 238, 239, 559.

1. Über „gerichtliches Geständnis" s. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 261. § 494 bezieht sich nicht auf die sog. fingierten Geständnisse der §§ 129, 404 Abs. 2. — Natürlich kann sich die Partei darüber beschweren, daß das Gericht erster Instanz im Falle des § 262 Abs. 2 ein Geständnis mit Unrecht angenommen habe (Mot. S. 307).

Digitized by Google

2. Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständnis hat in der Berufungsinstanz nicht stärkere Wirkung als in erster Instanz, kann daher auch in der Berufungsinstanz unter den Voraussetzungen des § 263 widerrufen werden (KPr. S. 238, 239). [Vgl. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 108 S. 406.] Auch darf die Partei zur Führung der ihr nach § 263 beim Widerrufe des Geständnisses obliegenden Beweise der Unwahrheit und des Irrtums neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen (Mot. S. 307). Der Widerruf ist nicht davon abhängig, daß der Grund zum Widerrufe der Partei erst in der Berufungsinstanz bekannt wurde [RG. a. a. O.].

§ 495.

Die in erster Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird.

Mot. S. 307. KPr. S. 238, 239, 559, 733.

1. Zu Abs. 1: a) Der Entwurf lautete: „Die in erster Instanz erfolgte Zuschiebung, Annahme ꝛc." Das Wort „Zuschiebung" wurde in der JK. d. RT. beseitigt, in Konsequenz der zu den §§ 400, 404—415 des Entw. (§§ 417—433 des Gesetzes) gefaßten Beschlüsse; vgl. hierzu Bem. Nr. 1 zu § 419, Bem. Nr. 1 zu den §§ 422, 423. Hiernach muß die in erster Instanz erfolgte Zuschiebung eines Eides, auf die keine Erklärung abgegeben wurde, in der Berufungsinstanz wiederholt werden, weil die mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung in erster Instanz eingetretene Ausschließung der Eideserklärung samt ihrer Folge, der Annahme der Eidesweigerung (§ 417 Abs. 2), gemäß § 493 nicht für Berufungsinstanz fortwirkt. Wurde aber eine Eideserklärung abgegeben, so braucht die Eideszuschiebung in der Berufungsinstanz nicht wiederholt zu werden; denn wenn die in erster Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung und ebenso die Eidesweigerung ihre Wirksamkeit in der Berufungsinstanz behält, so muß auch die diesen Erklärungen zu Grunde liegende Zuschiebung fortwirken. [Vgl. RG. 24. Jan. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1229 u. Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 221. AM. Gaupp II S. 42.]

b) Die in der ersten Instanz erfolgte Annahme oder Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit, d. h. die Wirksamkeit, die ihr in erster Instanz zukam, in der Berufungsinstanz. Die Annahme oder Zurückschiebung des Eides hindert also weder den Beweisführer (Deferenten) noch den Gegner (Delaten), in der Berufungsinstanz andere Beweismittel in Bezug auf unter Eid gestellte Thatsache geltend zu machen; vgl. Bem. Nr. 2 litt. a, b zu § 418. Der Gegner kann die in erster Instanz erklärte Annahme oder Zurückschiebung in der Berufungsinstanz widerrufen und eine andere Erklärung abgeben, wenn in der Berufungsinstanz neue Beweise in Bezug auf die unter Eid gestellte Thatsache aufgenommen wurden (§ 419 Abs. 2), desgleichen, wenn die Voraussetzungen des § 422 oder des § 432 vorliegen. Die Schranke, die ein erstinstanzielles bedingtes (Zwischen- oder End-)Urteil dem Vorbringen neuer Beweise und der Widerruflichkeit der Annahme oder Zurückschiebung eines Eides setzte, ist für die Berufungsinstanz nicht mehr vorhanden. — Lautete die in erster Instanz abgegebene Eideserklärung auf Zurückschiebung des Eides und war diese Zurückschiebung nach § 413 oder § 414 nicht zulässig, so ist nicht § 495, sondern § 493 anwendbar. Es ist gerade so, wie wenn keine Erklärung abgegeben wurde [RG. 18. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 106 S. 422].

Digitized by Google

2. Zu Abs. 2: a) Die Leistung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Eidesleistung s. Bem. Nr. 1, 2 zu § 428.

b) Die Verweigerung der Leistung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Eidesverweigerung s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 429. Die Verweigerung der Eideserklärung kann in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (§ 493). Die Wirkung eines durch Versäumniszwischenurteil nach § 430 festgestellten Eidesverweigerung dauert auch für die Berufungsinstanz fort, bis das Versäumniszwischenurteil durch Einspruch beseitigt oder durch zulässige Berufung mit Erfolg angefochten ist. Nach der Erörterung in Bem. Nr. 3 zu § 474 hat das mit Einspruch nicht angefochtene Versäumniszwischenurteil, das durch Einspruch anfechtbar war, für die höhere Instanz bindende Kraft. Es kann also in der Berufungsinstanz die Leistung eines Eides, dessen Verweigerung durch Zwischenurteil festgestellt ist, nur nachgeholt werden, wenn gegen das Vers.Zwischenurteil Einspruch nicht statthaft ist (§ 310) und wenn durch Berufung gegen das, die Folge der Eidesverweigerung ziehende Endurteil das vorangegangene zweite Vers.Zwischenurteil mit Erfolg aus dem Grunde angefochten wird, daß bei der Erlassung dieses (zweiten) Vers.Zwischenurteils der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

c) Die Erlassung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz. Über die Wirkung der Erlassung s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 429.

d) Die Fortdauer der Wirksamkeit einer in erster Instanz erfolgten Eidesleistung, -verweigerung und -erlassung ist dadurch bedingt, daß die Entscheidung, wodurch die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird. Die hierüber dem Berufungsgerichte zustehende Kognition beschränkt sich übrigens auf die Fälle, in denen die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet war; denn wenn durch bedingtes Urteil (§§ 425, 426 Abs. 2) auf Eid erkannt war, dann ist dieses Urteil selbständiger Berufung zugänglich, und Eidesleistung wie -verweigerung können erst nach dessen Rechtskraft in Frage kommen (§ 425 Abs. 2). Wird die sententia purificatoria mit Berufung angefochten, so ist die Frage, ob das bedingte Urteil gerechtfertigt war, schon rechtskräftig entschieden; das Berufungsgericht ist an diese Entscheidung gebunden und hat nur zu prüfen, ob Eidesleistung, -verweigerung oder -erlassung vorliegt und ob die purificatoria die im bedingten Urteile für die verschiedenen Eventualitäten gesetzten Folgen richtig verwirklicht hat. — War die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet, so unterliegt der Beweisbeschluß nach allen Richtungen der Beurteilung des Berufungsgerichts (§ 473). Der Beweisbeschluß kann nach Ansicht des Berufungsgerichts ungerechtfertigt sein, weil er gegen die Regeln über die Beweislast, gegen die Regeln über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung oder -zurückschiebung (§§ 410—415), gegen die Regeln über das Verhältnis des Eidesbeweises zu den anderen Beweismitteln (§§ 418, 419), über den Widerruf der Eideserklärung (§§ 422, 423), über die Eidesnorm (§ 424) oder über die Zulässigkeit der Eidesauflage durch Beschluß (§§ 425, 426; vgl. jedoch wegen Präklusion des Rügerechts Bem. Nr. 2 zu § 425) verstößt. In allen diesen Fällen dauern die gesetzlichen Wirkungen der Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung für die Berufungsinstanz nicht fort; es zessieren also die in den §§ 428 und 429 enthaltenen gesetzlichen Beweisregeln und es können in der Berufungsinstanz neue Beweismittel bezüglich der unter Eid gestellten Thatsachen von beiden Parteien ohne Beschränkung geltend gemacht werden. [Vgl. hierzu hann. Prot. X S. 3664 ff., nordd. Prot. IV S. 1641, Mot. S. 307, RG. 24. April 1883 Entsch. IX Nr. 99 S. 345.] Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht bei der in der Berufungsinstanz eintretenden freien Beweiswürdigung die Thatsache, daß in erster Instanz auf Grund eines unzulässigen Beweisbeschlusses ein Eid geleistet,

Digitized by Google

verweigert oder erlassen ist, nach freiem Ermessen als Beweisgrund verwerte. [Nach RG. 24. April 1883 Entsch. IX Nr. 99 S. 346 muß nicht auf wiederholte Eidesleistung erkannt werden, wenn der Beweisbeschluß zwar unzulässig war, aber das Beweisverfahren in zweiter Instanz ergiebt, daß derselbe Eid durch Urteil aufzuerlegen wäre.] Ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß zwar der Beweisbeschluß nicht gegen die Regeln über die Beweislast und auch nicht gegen die Regeln der CPrO. verstößt, daß jedoch die durch den Beweisbeschluß unter Eid gestellte Thatsache für die Entscheidung unerheblich sei, dann treten zwar die Wirkungen der Eidesleistung, -verweigerung, -erlassung nicht außer Kraft, aber das Berufungsgericht kann die durch den Beschluß unter Eid gestellte Thatsache als unerheblich bei Seite lassen.

e) Ist in erster Instanz auf eine zulässige Eideszuschiebung die positive Erklärung abgegeben worden, daß die Leistung des zugeschobenen Eides verweigert werde, so tritt die Wirkung des § 429 Abs. 2 ein (s. Bem. Nr. 1 litt. bα zu § 429). Diese Wirkung dauert für die Berufungsinstanz fort, vorausgesetzt, daß auch das Berufungsgericht die Zuschiebung für zulässig erachtet.

§ 496.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt.

Mot. S. 307, 308. KPr. S. 239, 559.

1. Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels hindert nach § 645 die Zwangsvollstreckung, soweit nicht das Urteil für vorläufig vollstreckbar (§ 648 ff.) erklärt ist. Da das Rechtsmittel stets das ganze Urteil erfaßt, auch beide Parteien in der Berufungsverhandlung andere Anträge als die in den Schriftsätzen angekündigten stellen können, so ergiebt sich frühestens in der ersten mündlichen Verhandlung, ob ein Teil des Urteils unangefochten bleibt. Auch dieses Ergebnis ist nur ein provisorisches; denn beide Parteien können bis zum Schlusse der letzten Verhandlung in der Berufungsinstanz ihre Anträge erweitern. Aber das provisorische Ergebnis genügt, um den nicht angefochtenen Teil des Urteils auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Werden später die Anträge erweitert, so ist noch der § 657 anwendbar. Die Motive bemerken:

„Das fernere Recht der Parteien, die Anträge im Verlaufe der Sache noch zu erweitern, sowie das Recht des Berufungsbeklagten, sich erst später der Berufung durch Anträge auf Abänderung des Urteils anzuschließen, entziehen jener feststellenden Entscheidung des Gerichts den Charakter eines Fixierungsbeschlusses der Berufungsbeschwerden; es kann daher der nicht angegriffene Teil des Urteils nicht für rechtskräftig, sondern nur für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (nordd. Entw. § 796, Prot. III S. 1527). Die Vollstreckbarkeitserklärung reicht aber aus, denn es liegt in derselben ein genügender Antrieb für die Parteien, die zu stellenden Anträge sofort anzubringen."

Urteile, die in der ersten Instanz unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Gläubiger Sicherheit leiste (§§ 650, 652 Abs. 1), oder unter der auflösenden Bedingung, daß der Schuldner keine Sicherheit leiste (§ 652 Abs. 2), für vorläufig vollstreckbar erklärt wurden, sind im Falle des § 496 unbedingt für vorläufig vollstreckbar zu erklären. [AM. bezüglich der nach § 652 Abs. 2 für vorl. vollstr. erkl. Urteile: KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 294 ff.] Für Urteile, die schon der ersten Instanz unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind, hat § 496 keine Bedeutung.

2. Die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 496 wird nur auf Antrag ausgesprochen.

Digitized by Google

Der Antrag ist im Laufe der mündlichen Verhandlung zu stellen. Der Gegner ist darüber zu hören. Die Entscheidung ist Beschluß (nordd. Prot. S. 1527). Sie ist im Laufe der Verhandlung, nicht erst am Schlusse zu verkünden. Beschwerde findet weder gegen die dem Antrage stattgebende noch gegen die abweisende Entscheidung statt; denn die Entscheidung erfordert eine vorgängige mündliche Verhandlung.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 11 (Gebührenfreiheit) und GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 497.

Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Mot. S. 308. KPr. S. 239, 559.

1. Litteratur: Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 790 ff., Haas eod. XXX S. 834 ff.

2. Vgl. § 306. Die von Amtswegen vorzunehmende Prüfung betrifft die sog. Formalien des Rechtsmittels — die Statthaftigkeit (§§ 473, 474, 94), die gesetzliche Form (§ 479), die Einhaltung der Notfrist (§ 477). Auch die Beachtung des Schlußsatzes von § 477 Abs. 2: „Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos" gehört hierher. Nicht zu den Formalien des Rechtsmittels gehört die Mitteilung der Anträge (§§ 480, 484) und die Einhaltung der Einlassungsfrist (§ 481). Wegen des Mangels der Mitteilung der Anträge oder wegen Nichtbeachtung der Einlassungsfrist ist das Versäumnisurteil zu versagen (§ 300 Nr. 2) oder die Vertagung zu bewilligen, aber nicht die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Bei Prüfung der gesetzlichen Form ist die Ordnungsmäßigkeit der Ladung (s. die in Bemerkung Nr. 4 zu § 479 cit. UU. d. RG.) und der Zustellung zu untersuchen. Die bei der Zustellung vorgekommenen Verstöße gegen das Prozeßgesetz können durch Unterlassung der Rüge seitens des erschienenen Gegners geheilt werden; vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 156. — Die Statthaftigkeit der Anschließung ist ebenfalls von Amtswegen zu prüfen.

Die Parteien haben dem Gerichte die Urkunden über Zustellung des Urteils und der Berufung vorzulegen, um die Prüfung der berührten Punkte zu ermöglichen (KPr. S. 238). — Wegen Geständnisses der auf die Formalien bezüglichen Thatsachen s. Bem. Nr. 8 zu § 261.

3. Die Prüfung der Formalien erfolgt erst nach mündlicher Verhandlung. Der Berufungsbeklagte hat nicht das Recht, sich auf die Rüge eines Mangels der Formalien zu beschränken und die Einlassung auf die Berufungsanträge zu verweigern, bis über die Formalien entschieden ist. Verweigert er die Einlassung, so läuft er Gefahr, daß das Gericht die Formalien für geordnet erachte und auf Antrag gegen ihn die Folgen des Nichtverhandelns durch das Versäumnisurteil verhänge (vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 298). Das Gericht kann die Beschränkung der Verhandlung auf die Formalien nach § 137 beschließen.

4. a) Stellt sich bei der Prüfung der Formalien heraus, daß sie nicht in Ordnung sind, so ist eine Entscheidung darüber, ob der Antrag des Berufungsklägers sachlich begründet sei, nicht zu erlassen; vielmehr ist die Berufung „als unzulässig" zu verwerfen. Es empfiehlt sich, eine solche Verwerfung in der Urteilsformel als Verwerfung wegen eines formellen Mangels zu kennzeichnen, indem gesagt wird, daß die Berufung „als unzulässig" oder „als verspätet" oder „als verfrüht" oder „als wirkungslos" verworfen werde. Aber

Digitized by Google

es ist keine Gesetzesverletzung, wenn in der Urteilsformel die Berufung einfach verworfen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt wird, daß die Verwerfung wegen eines Mangels in den Formalien erfolge. Ebensowenig ist dadurch, daß die Berufung als unzulässig bezeichnet wurde, während sie nach den Entscheidungsgründen wegen Verstoßes gegen den Schlußsatz des § 477 Abs. 2 wirkungslos ist, das Gesetz verletzt. [Vgl. Mugdan a. a. O. AM. RG. 26. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 118 S. 416.] Das Urteil, wodurch die Berufung als unzulässig verworfen wird, beendigt die Instanz, ist daher durch Revision anfechtbar, und zwar ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes (§ 505 Nr. 1). Wurde die Berufung als sachlich *unbegründet* verworfen, so kann keine Partei die Revision darauf stützen, daß die Berufung als *unzulässig* zu verwerfen gewesen wäre, und umgekehrt. Denn das Wesentliche der Entscheidung ist die Verwerfung des Rechtsmittels; ob diese Verwerfung erfolgt, weil das Rechtsmittel als formell unzulässig oder als materiell unbegründet erachtet wird, ändert nichts an der Entscheidung selbst, sondern betrifft deren Motivierung. Nach dem in § 526 ausgesprochenen Grundsatze ist aber die Revision zurückzuweisen, wenn die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung ergeben, die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig darstellt. [Vgl. RG. 29. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 118 S. 415, 17. Juni 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1133.] Nachdem eine Berufung wegen eines Mangels in den Formalien verworfen wurde, kann neue Berufung gegen dasselbe Urteil eingelegt werden, vorausgesetzt, daß die Berufungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies ist insbesondere dann von praktischer Bedeutung, wenn die Berufung deswegen verworfen wurde, weil sie vor der Zustellung des Urteils eingelegt war. [Vgl. Gaupp II S. 46 bei N. 15, RG. 19. März 1887 Entsch. XIX Nr. 79 S. 406.]

b) Daß die Formalien der Berufung in Ordnung seien, ist regelmäßig erst in den Entscheidungsgründen des Endurteils auszusprechen. Ergiebt sich dadurch, daß der Berufungsbeklagte einen Mangel der Formalien rügt, ein Zwischenstreit unter den Parteien, so *kann* das Berufungsgericht durch Zwischenurteil feststellen, daß die Formalien in Ordnung seien. Daß ein Mangel der Formalien vorhanden sei, kann nie durch Zwischenurteil ausgesprochen werden; denn der Mangel führt zur Verwerfung des Rechtsmittels.

c) Das Urteil, das die Berufung wegen eines formellen Mangels als unzulässig verwirft, ist kein Versäumnisurteil, auch wenn es auf Grund einseitiger Verhandlung des Berufungsklägers oder des Berufungsbeklagten ergeht. Vgl. Bem Nr. 1 und 2 zu § 504.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, 28, GO. f. RA. §§ 20, 29.

§ 498.

Das Urteil erster Instanz darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

Mot. S. 308 ff. KPr. S. 239, 241 ff., 559.

1. Die von dem Berufungskläger und dem Berufungsbeklagten in der mündlichen Verhandlung gestellten Berufungsanträge bilden die unüberschreitbare Grenze, innerhalb deren eine Abänderung des Urteils erster Instanz durch das Berufungsgericht statthaft ist.

a) Hat das Urteil erster Instanz über mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche oder über Klage und Widerklage entschieden, so darf der Teil der Entscheidung, in Bezug auf den keine Partei eine Abänderung beantragt hat, nicht abgeändert werden. Das Gleiche gilt, wenn das Urteil erster Instanz über einen teilbaren Anspruch entschieden hat und nur die Abänderung der Entscheidung über einen Teil des Anspruchs beantragt ist; der andere Teil der Entscheidung darf nicht abgeändert werden, selbst dann nicht,

Digitized by Google

wenn das Berufungsgericht auf Grund der Berufungsverhandlung über den einen Teil zu der Ansicht gelangt, daß auch die Entscheidung über den anderen Teil unrichtig sei.

b) Das Berufungsgericht kann die von dem Berufungskläger durch einen Abänderungsantrag angefochtene Entscheidung oder den angefochtenen Teil der Entscheidung nicht zu dessen Ungunsten abändern, wenn der Berufungsbeklagte keine Abänderung beantragt hat. Reformatio in peius ist ohne Anschließung des Berufungsbeklagten unzulässig; ohne Anschließung kann das Urteil selbst dann nicht zu Ungunsten des Berufungsklägers abgeändert werden, wenn das Berufungsgericht der Ansicht ist, daß ein von Amtswegen zu berücksichtigender Umstand eine solche Abänderung begründen würde. Z. B. die erste Instanz hat auf Eid erkannt; das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der Rechtsweg unzulässig oder daß für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand bei einem anderen Gerichte begründet sei; ohne Anschließung darf nicht abgeändert werden. [Vgl. jedoch RG. 28. April 1888 Entsch. XXII Nr. II S. 7 f.: Der Kläger hatte die Berufung gegen ein Eidesurteil ergriffen; der Berufungsbeklagte hatte die Unzulässigkeit des Rechtswegs geltend gemacht und die Zurückweisung der Berufung beantragt; das Berufungsgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Die Revision wurde zurückgewiesen. Die Entscheidung ist im Ergebnisse richtig, denn daraus, daß der Beklagte in der Berufungsverhandlung die Unzulässigkeit des Rechtswegs urgierte, konnte die Anschließung entnommen werden; aber nach den Gründen scheint es, als ob das Reichsgericht nicht hierauf das entscheidende Gewicht legte, sondern die Änderung auch ohne Anschließung für zulässig erachtete, was dem Gesetze nicht entsprechen dürfte.] Auch eine Eidesauflage, die das Berufungsgericht für ungesetzlich oder für überflüssig hält, kann es nicht zu Ungunsten des Berufungsklägers beseitigen, ohne daß der Berufungsbeklagte eine Abänderung beantragt hat. In der JK. d. RT. war beantragt, nach dem Vorbilde der bay. PrO. v. 1869 Art. 728 für diesen Fall eine Abänderung auch ohne Anschließung zu gestatten; der Antrag wurde abgelehnt; es ist also für diesen Fall keine Ausnahme vorgesehen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 47, Petersen (2) S. 721 f., RG. 14. Juni 1892 Entsch. XXIX Nr. 114 S. 423 ff., bay. ob. LG. SA. XL Nr. 160. Abweichend Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 465 ff., RG. 23. März 1886 Entsch. XV Nr. 48 S. 217, 6. März 1890 XXV Nr. 104 S. 431 f., 11. Nov. 1891 SA. XLVII Nr. 244; daß die in diesem U. behandelte Änderung den Berufungsklägern ungünstig sei, wird mit Unrecht verneint.] Übrigens läßt sich die Mißlichkeit, daß ein überflüssiges Eidesurteil aufrecht erhalten werden muß, durch Anregung der Anschlußberufung leicht vermeiden. — Ob eine Änderung dem Berufungskläger günstig oder ungünstig ist, ist danach zu bemessen, ob nach der ganzen Prozeßlage für ihn die Chance, im Prozesse zu siegen, steigt oder fällt [vgl. Entsch. XXV S. 433], was insbesondere bei Änderung von Eidesauflagen manchmal zweifelhaft sein kann. Wird ein dem Berufungsbeklagten auferlegter zugeschobener Eid durch einen dem Berufungskläger auferlegten richterlichen Eid ersetzt, so liegt eine Änderung zu Gunsten des Berufungsklägers vor; als Folge der Eidesverweigerung ist nicht die Verwerfung der Berufung (das wäre Zurückgreifen auf den Haupteid des Beklagten), sondern die Abweisung der Klage zu setzen; der Berufungskläger, der in die günstigere Lage versetzt wird, durch seinen Eid die Entscheidung zu seinen Gunsten herbeizuführen, muß den eventuellen Nachteil, daß ohne Eidesleistung des Beklagten zu dessen Gunsten erkannt werde, als von jenem Vorteil untrennbar auf sich nehmen [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 421 f., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 408]. Die Ersetzung eines allen Klägern auferlegten Überzeugungseides durch einen von einem Teile der Kläger zu leistenden Wahrheitseid über eine andere Thatsache wurde vom RG. Entsch XXV S. 433 als Änderung

Digitized by Google

zu Gunsten des Beklagten (Berufungsklägers) beurteilt. Darin, daß das Berufungsgericht auf einseitige Berufung des Klägers den eingeklagten Anspruch, dessen Zuerkennung von Nichtleistung eines Eides des Beklagten abhängig gemacht war, teilweise abweist, während es im übrigen die Zuerkennung des Anspruchs von einem Eide des Klägers abhängig macht, liegt eine unzulässige ref. in peius [RG. 2. März 1893 SA. XLIX Nr. 217]. Wenn in erster Instanz die Klage wegen einer Prozeßeinrede abgewiesen, darauf von dem Kläger Berufung eingelegt, und vom Berufungsgerichte die Einrede verworfen wurde, so muß das Berufungsgericht das Urteil der ersten Instanz aufheben und die Sache ohne weitere Kognition an die erste Instanz zurückverweisen (vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 500); die erste Instanz kann dann die Klage als unbegründet abweisen, das ist Folge der vom Berufungskläger erlangten Aufhebung der absolutio ab instantia.

2. Innerhalb der durch die Abänderungsanträge der Parteien gezogenen Grenzen ist das Berufungsgericht unabhängig von der ihm vorgetragenen Begründung der Abänderungsanträge. Es kann einem Antrage aus anderen als den vorgetragenen Gründen stattgeben. Die dem angefochtenen Endurteile vorausgegangenen, nach § 473 der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegenden Entscheidungen, sind vom Berufungsgerichte auf ihre Richtigkeit zu prüfen, ohne daß es einer ausdrücklichen Anfechtung durch die Partei bedarf. Doch ist dabei der § 267 zu beachten, wonach gewisse formelle Verstöße durch Unterlassung der Rüge geheilt werden können.

3. Die in § 290 bezeichneten Unrichtigkeiten können vom Berufungsgerichte auch ohne Antrag berichtigt werden.

§ 499.

Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urteil zu erledigen. Dasselbe kann ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urteil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist.

Mot. S. 308–310. KPr. S. 239, 241–243, 559.

1. Litteratur: Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 803 ff., XXVIII S. 720 ff. Jastrow eod. XXVII S. 780 ff. u. Ztschr. f. d. CPr. IX S. 385 ff., L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 40 ff., Hergenhahn eod. XV S. 58 ff.

2. Vgl. Bem. Nr. 1, 2 zu § 487, Bem. Nr. 2 zu § 498. — Über den Begriff „Anspruch" s. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 136. Den Gegensatz zu Anspruch bilden hier die „Streitpunkte", das ist nur eine andere Bezeichnung für das, was sonst „Angriffs- und Verteidigungsmittel" heißt, nämlich alles Vorbringen der Parteien einschließlich der Beweisantretungen und Beweiserklärungen; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 137. Vorbehaltlich der §§ 500, 501 sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in zweiter Instanz zu erledigen.

3. Hat das angefochtene Urteil nicht über den ganzen erhobenen Anspruch oder nicht über alle erhobenen Ansprüche entschieden, so ist das Berufungsgericht nur mit dem Teile des Streitgegenstandes befaßt, worüber das angefochtene Urteil entschieden hat. Ließ das erstinstanzielle Urteil, ohne sich als Teilurteil zu geben, einen Teil des Streitgegenstandes unerledigt, so ist die Ergänzung in erster Instanz zu beantragen (§ 292). Wenn in der Klage neben dem primären Anspruch ein anderer eventuell geltend gemacht und in

Digitized by Google

der ersten Instanz nur über jenen erkannt wurde, so kann das Berufungsgericht bei Aberkennung des primären Anspruchs nicht über den eventuellen urteilen; der eventuell geltend gemachte ist zunächst in der ersten Instanz zu verfolgen [RG. 29. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 85 S. 385 ff.]. Wurde in erster Instanz über die Widerklage nicht entschieden, so kann das Berufungsgericht nicht darüber erkennen. Dagegen kann das Berufungsgericht über die zur Aufrechnung geltend gemachte Gegenforderung entscheiden, die das Gericht der ersten Instanz mit Unrecht zur Verhandlung in getrenntem Prozesse verwies [RG. 15. Jan. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 727].

4. Die in der Berufungsinstanz angeordnete Beweisaufnahme ist in dieser Instanz zu erledigen. Die Übertragung der Beweisaufnahme an einen beauftr. oder ers. Richter ist unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig. Das Berufungsgericht muß auch ein von ihm erlassenes bedingtes Endurteil durch Abnahme des Eides oder Konstatierung der Eidesweigerung und Erlassung des Purifikationsurteils (§ 427 Abs. 2) erledigen. Ein vom Berufungsgericht zu erledigendes bedingtes Endurteil liegt auch vor, wenn in der ersten Instanz auf Eid erkannt war und das Berufungsgericht die Eidesnorm oder die Folgen der Eidesleistung ändert oder den Eid einer anderen Partei auferlegt [vgl. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. IX S. 386, Hergenhahn a. a. O. S. 58]. Hat das Revisionsgericht ein bedingtes Endurteil erlassen oder das vom Berufungsgericht bestätigte erstinstanzielle Urteil durch ein anderes bedingtes Urteil ersetzt (was es nach der in Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 528 vertretenen Ansicht eigentlich nicht thun sollte), so fällt die Erledigung der ersten Instanz zu, weil das Urteil nicht vom Berufungsgerichte erlassen ist [vgl. Hergenhahn a. a. O. S. 58 f., RG. 19. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1117, RG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 314]. — Bei Erlassung eines bedingten Endurteils hat das Berufungsgericht das angefochtene unbedingte Urteil erster Instanz aufzuheben, nicht die Entscheidung über die Berufung von der Eidesleistung abhängig zu machen. [Vgl. RG. 14. März 1883 Entsch. XII Nr. 96 S. 358. AM. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 803 ff., XXVIII S. 720 ff., OLG. Darmstadt Arch. f. pr. RW. N. F. XVI S. 309.]

5. Wird die Berufung gegen ein bedingtes Urteil als unbegründet zurückgewiesen, so kann das Berufungsgericht das bedingte Urteil durch Abnahme des Eides ꝛc. erledigen, wie im Falle der Bem. Nr. 4. Dadurch wird den Parteien das Zurückgehen in die erste Instanz erspart. Das Berufungsgericht kann aber auch die Sache an die erste Instanz zurückgehen lassen. Dies ist angezeigt, wenn zu erwarten ist, daß sich im Läuterungsverfahren Schwierigkeiten, z. B. Streit über den Sinn des Eides oder die Folgen der Eidesleistung, ergeben (Mot. S. 310). Will das Berufungsgericht das bedingte Urteil selbst erledigen, so muß es dies bei der Verkündung des bestätigenden Urteils aussprechen; sonst kehrt die Sache, ohne daß sie ausdrücklich zurückverwiesen ist, in die erste Instanz zurück [OLG. Kiel SA. XLI Nr. 71].

Wird die Berufung als unzulässig verworfen, so kann das Berufungsgericht ein bedingtes Urteil nicht erledigen; denn die unzulässige Berufung hat keinen Devolutiveffekt. [Vgl. v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. IV S. 368, L. Seuffert a. a. O. S. 41, Hergenhahn a. a. O. S. 59 f. Unrichtig Puchelt II S. 386, Jastrow a. a. O. S. 781.]

§ 500.

Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

1) **wenn durch das angefochtene Urteil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;**

Digitized by Google

2) wenn durch das angefochtene Urteil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist;
3) wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urteil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist;
4) wenn das angefochtene Urteil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
5) wenn das angefochtene Urteil ein Versäumnisurteil ist.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen.

Mot. S. 310, 311. KPr. S. 243, 559.

1. Litteratur zu §§ 500 und 501: L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 2 ff.

2. a) Die formell ordnungsmäßige Berufung schiebt die Durchführung des Prozesses bis zu seinem Ende dem Berufungsgerichte zu (Devolutiveffekt). Ausnahmen enthalten die §§ 500, 501. § 500 gebietet unter gewissen Voraussetzungen die Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz; § 501 gestattet unter anderen Voraussetzungen die Zurückverweisung. In anderen als den in §§ 500, 501 bezeichneten Fällen darf nicht zurückverwiesen werden. Sowohl § 500 wie § 501 bezieht sich nur auf formell zulässige Berufungen. Ist die Berufung formell unzulässig, so kehrt der Rechtsstreit, wenn er nicht erledigt ist, ohne besondere Anordnung zur ersten Instanz zurück.

b) Die Zurückverweisung erfolgt auch in den Fällen des § 500 nur, insofern weitere Verhandlung der Sache erforderlich ist; sie unterbleibt, wenn das Berufungsgericht unter Beschränkung auf den in erster Instanz abgeurteilten Prozeßstoff, wobei die sog. prozeßhindernden Einreden als Einheit behandelt werden (Mot. S. 310), zwar zur Änderung des erstinstanziellen Urteils, zugleich aber zur Beendigung des Prozesses gelangt. Die Zurückverweisung ist dagegen nötig, wenn zwar ohne weitere Verhandlung, aber nicht ohne Hinausgreifen über den in erster Instanz abgeurteilten Prozeßstoff das Endurteil möglich wäre. Daher muß z. B. das Berufungsgericht, wenn es einen vom Untergerichte als unzulässig verworfenen Einspruch als zulässig erachtet oder wenn es eine wegen Unzuständigkeit ausgesprochene absolutio ab instantia aufhebt, selbst dann zurückverweisen, wenn es die Klage für materiell unhaltbar erachtet. [Vgl. Wach Vortr. S. 199, RG. 14. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 109 S. 377, 6. März 1891 SA. XLVII Nr. 170.]

c) Das die Zurückverweisung aussprechende Urteil des Berufungsgerichts ist kein Endurteil im Sinne des § 507, sondern ein Zwischenurteil. Es kann daher selbständig durch Revision nur angefochten werden, wenn es prozeßhindernde Einreden verwirft (§ 248 Abs. 2), über einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch nur dem Grunde nach entscheidet (§ 276 Abs. 2) oder im Urkunden- und Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte ergeht (§ 562 Abs. 3). Sonst kann das zurückverweisende Urteil nur durch Revision gegen ein späteres, nach neuerlicher Berufung ergangenes Endurteil des Oberlandesgerichts zur Beurteilung des Revisionsgerichts gebracht werden. [Vgl. Petersen (2) S. 724 und 727, Hellmann Komm. II S. 418 Ziff. 2, S. 423, Kleiner II S. 551, 553, Barazetti Berufung S. 170, RG. 7. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 106 S. 374; vgl. a. Wach Vortr. S. 200, Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 230. AM. Struckmann Koch (6) N. 1, Wilm. Levy (6) N. 3, Gaupp II S. 52 bei N. 6 (alle drei sind erst in den neueren Auflagen abgeschwenkt), Hellmann Lehrb. S. 714 ff., Brettner Mag. f. DR. V S. 300 ff., Troll Vers.Urt. S. 231 ff., Kohler Pr. als RV. S. 74 N.*, im Anschlusse an die UU. des RG. 8. Juli 1881 Entsch. V

Digitized by Google

Nr. 102 S. 376, 9. Dez. 1881 VI Nr. 94 S. 335 (dieses Urteil ist richtig, denn das Urteil, wodurch die sog. Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen wird, ist nach § 248 Abs. 2 in betr. d. Rechtsm. als Endurteil anzusehen; aber die Gründe ergeben, daß das RG. jedes zurückverweisende Urteil für revisibel erachtet), 14. März 1882 VI Nr. 133 S. 423 ff., 20. Okt. 1882 VII Nr. 127 S. 421 ff., 13. Dez. 1886 XVII Nr. 88 S. 349, 6. Dez. 1889 XXIV Nr. 97 S. 431; vgl. a. RG. 18. März 1883 IX Nr. 93 S. 323. Gegen die Ansicht des RG.: L. Seuffert a. a. O. S. 2 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 299.]

d) An das Urteil des Berufungsgerichts ist die erste Instanz gebunden. Dies ergiebt sich aus § 289; denn das Verfahren vor dem erstinstanziellen Gerichte ist sachlich die Fortsetzung der Berufungsverhandlung; auch wäre anderenfalls endloses Hin- und Herschieben zwischen den beiden Instanzen möglich. [Vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 54 ff., OLG. Jena SA. XL Nr. 256.] Gelangt der zurückverwiesene Prozeß infolge einer neuen Berufung gegen das neue Urteil des Untergerichts zum anderen mal in die Berufungsinstanz, so ist das Berufungsgericht selbst an sein früheres Urteil gebunden [vgl. Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 427 f.]. — Für das nach der Zurückverweisung bei dem Gerichte erster Instanz sich entwickelnde Verfahren gilt das Verbot der Klagänderung (§ 489); die §§ 490—496, 498 finden entsprechende Anwendung, weil das Verfahren Fortsetzung des zweiten iudicium ist. [L. Seuffert a. a. O. S. 57—60. AM. Troll Vers.Urt. S. 236.]

e) Wenn das Berufungsgericht in einem Falle, wo § 500 die Zurückverweisung gebietet, diese unterläßt und die Durchführung des Prozesses sich selbst anmaßt, so ist das Gesetz verletzt. Die Verletzung begründet die Revision. Ist ein Zwischen- oder ein Vorbehaltsurteil nach §§ 248, 276, 502, 562 erlassen, so ist dieses Urteil selbständig anfechtbar, sonst sind Zwischenurteile erst mit dem Endurteile anfechtbar [vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 49].

f) Das Verfahren nach der Zurückverweisung bildet in Bezug auf die Kosten mit dem früheren Verfahren eine Instanz (GKG. § 31, GO. f. RA. § 26).

3. Zu Nr. 1: Wird das angefochtene Urteil bestätigt, so erfolgt keine Zurückverweisung. Erachtet das Berufungsgericht den Einspruch für zulässig, so wird das Urteil erster Instanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen [vgl. Wach Vortr. S. 199, v. Kries Rechtsmittel S. 195]. Ebenso, wenn die erste Instanz einen Antrag auf Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Einspr.Frist verworfen hat und das Berufungsgericht den Antrag für begründet erachtet [vgl. RG. Entsch. XII Nr. 106 S. 373].

4. Zu Nr. 2: a) Hatte die erste Instanz prozeßhindernde Einreden verworfen und erachtet das Berufungsgericht die Berufung für unbegründet, so verwirft es die Berufung und verweist die Sache an das Gericht der ersten Instanz zurück. Werden in der Berufungsinstanz andere prozeßhindernde Einreden als die in erster Instanz verworfenen geltend gemacht, so hat das Berufungsgericht auch über diese zu erkennen (Abs. 2). Ergiebt sich dabei, daß eine solche andere Einrede zulässig (§ 490) und begründet ist, so spricht das Berufungsgericht die absolutio ab instantia aus, natürlich ohne Zurückverweisung. Ergiebt sich dagegen, daß auch die anderen prozeßhindernden Einreden nicht begründet sind, so ist die Berufung unter Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz zu verwerfen. b) Erachtet das Berufungsgericht eine prozeßhindernde Einrede für begründet, die das Untergericht als unbegründet verworfen hatte, so ist die absolutio ab instantia ohne Zurückverweisung auszusprechen. c) Hatte die erste Instanz eine prozeßhindernde Einrede für begründet erklärt, daher die abs. ab inst. ausgesprochen und das Berufungsgericht ist gleicher Ansicht, so wird das Urteil ohne Zurückverweisung bestätigt. d) Erachtet das Berufungsgericht eine prozeßhindernde Einrede für nicht begründet, die das Untergericht für begründet erachtet hatte, so ist das Urteil der ersten Instanz aufzuheben und die Sache

Digitized by Google

zurückzuverweisen [OLG. Jena SA. XLI Nr. 72]. Dies gilt auch, wenn in der ersten Instanz eine (eventuelle) Verhandlung zur Hauptsache stattgefunden hat; denn auch in diesem Fall hat die erste Instanz nur über prozeßhindernde Einreden *entschieden* [RG. 26. Sept. 1884 Entsch. XII Nr. 109 S. 378, 20. Sept. 1890, SA. XLVI Nr. 69, 6. März 1891 SA. XLVII Nr. 170]. Dagegen wird nicht zurückverwiesen, sondern in der Hauptsache entschieden, wenn die erste Instanz die Klage wegen eines von Amtswegen zu beachtenden Mangels in den Prozeßvoraussetzungen, z. B. wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, abwies, ohne daß der Beklagte diesen Mangel in der ersten Instanz als prozeßhindernde Einrede geltend gemacht hatte; denn § 500 Nr. 2 setzt ein formell über prozeßhindernde Einreden entscheidendes Urteil der ersten Instanz voraus. [Vgl. RG. 1. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 161, 3. Okt. 1890 Entsch. XXVII Nr. 89 S. 347. AM. OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 335.] Nach RG. 21. Mai 1892 Entsch. XXIX Nr. 112 S. 416 hat die Berufungsinstanz, obgleich in der Instanz nur über die Zulässigkeit des Rechtswegs entschieden wurde, doch zur Hauptsache zu entscheiden, wenn in der Berufungsinstanz ein gemäß §§ 491 Abs. 2, 240 Nr. 2, 3 zulässiger neuer Anspruch erhoben und die dagegen geltend gemachte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen wird. — Bevor zurückverwiesen wird, hat das Berufungsgericht gemäß § 500 Abs. 2 die in der Berufungsinstanz neu vorgebrachten prozeßhindernden Einreden zu erledigen. Nur wenn sie verworfen werden, ist die Zurückverweisung möglich. c) Erachtet das Berufungsgericht eine Einrede, die nicht zu den prozeßhindernden (im Sinne des § 247) gehört, für unbegründet, so findet keine Zurückverweisung statt [RG. 8. Juli 1881 Entsch. V Nr. 102 S. 376, 22. Apr. 1882 X Nr. 94 S. 318].

5. Zu Nr. 3: a) Ist in dem Urteile erster Instanz über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs gemäß § 276 vorab entschieden und zwar dahin, daß der Anspruch vorbehaltlich der Entscheidung über den Betrag begründet sei, und verwirft das Berufungsgericht die gegen dieses Urteil gemäß § 276 Abs. 2 eingelegte Berufung, so hat es die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. b) Erachtet das Berufungsgericht die gegen das ad a bezeichnete Urteil der ersten Instanz eingelegte Berufung für begründet, folglich den Anspruch für nicht zu Recht bestehend, so erkennt das Berufungsgericht auf Abweisung der Klage, natürlich ohne Zurückverweisung. c) Ist in dem Urteile erster Instanz über den Grund des nach Grund und Betrag streitigen Anspruch dahin entschieden, daß die Klage abgewiesen werde, und hält das Berufungsgericht dafür, daß die Berufung begründet sei, also der Anspruch zu Recht bestehe, so ist die Sache nicht zurückzuverweisen; sie bleibt vielmehr in der zweiten Instanz und es ist hier nicht bloß über den Grund, sondern auch über den Betrag des Anspruchs zu entscheiden. Dabei kommt nichts darauf an, ob das Gericht erster Instanz die Verhandlung auf den Grund des Anspruchs beschränkt hatte oder nicht. Auch wenn diese Beschränkung stattfand, ist die die Klage abweisende Entscheidung keine Vorabentscheidung im Sinne der §§ 276 und 500 Nr. 3. [So nach längerem Schwanken RG. 5. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 70 S. 311 ff. und 18. Dez. 1886 XVII Nr. 86 S. 349, wo auch die frühere Rechtsprechung des RG. (Entsch. V Nr. 117 S. 412, VI Nr. 13 S. 57, VIII Nr. 4 S. 22, X Nr. 141 S. 430 ff., SA. XXXVII Nr. 268, Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1098 u. S. 1106) angeführt und besprochen ist, ferner 2. Dez. 1887 XIX Nr. 46 S. 247, 24. Jan. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 392, 5. Mai 1888 eod. XXXIII S. 1178, 26. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 78 S. 392. Vgl. a. Krämel Ztschr. f. d. CPr. VII S. 178 ff.] d) Verwirft das Berufungsgericht die gegen das ad c bezeichnete Urteil der ersten Instanz eingelegte Berufung, so wird natürlich nicht zurückverwiesen.

Digitized by Google

6. Zu Nr. 4: a) Hatte die erste Instanz im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte (§ 562) verurteilt und bestätigt das Berufungsgericht das Urteil ganz oder teilweise, so kehrt die Sache zur Vorinstanz zurück. Hier bleibt das Nachverfahren (§ 563) anhängig. Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 562. b) Hatte die erste Instanz unter Vorbehalt der Rechte verurteilt und erachtet das Berufungsgericht dafür, daß die Klage definitiv (§ 560 Abs. 1) oder in der gewählten Prozeßart (§ 560 Abs. 2) abzuweisen sei, so ist das Endurteil ohne Zurückverweisung zu fällen. c) Wenn das Berufungsgericht ein ohne Vorbehalt der Rechte verurteilendes oder ein die Klage abweisendes Erkenntnis der ersten Instanz reformiert und in die Lage kommt, unter Vorbehalt d. R. zu verurteilen, so erwartet man gemäß dem Prinzipe des § 500 ebenfalls die Zurückverweisung; aber der Fall ist nicht unter Nr. 4 des § 500 hinunterzubringen; denn das angefochtene Urteil ist nicht unter Vorbehalt d. R. erlassen. Fakultative Zurückverweisung aus § 501 ist möglich, wenn die erste Instanz bei einer Verurteilung mit Unrecht den Vorbehalt unterlassen hatte; denn das ist ein prozessualischer Mangel. Nicht aber, wenn die erste Instanz die Klage abgewiesen hatte; denn hier konnte kein Vorbehalt ausgesprochen werden, prozessualisch ist die Entscheidung korrekt. Folglich bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren beim Berufungsgerichte anhängig, soweit er nicht auf Grund des § 501 an die erste Instanz zurückverwiesen wird. Vgl. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 7, Gaupp II S. 55 bei N. 28, v. Kries Rechtsm. S. 196, L. Seuffert a. a. O. S. 55, sowie die in Bem. Nr. 4 zu § 562 cit. Rechtsprechung. Abw. Brettner Mag. f. D. R. III S. 347, V S. 298 ff., Stein Urk.Proz. S. 250, 319 ff.]

7. Zu Nr. 5: Die Zurückverweisung muß erfolgen, wenn ein Versäumnisurteil, wogegen der Einspruch an sich nicht statthaft ist, von dem Kontumazierten nach § 474 Abs. 2 durch Berufung angefochten und die Berufung als begründet befunden wird. Hat der Kläger gegen ein die Klage nach § 296 Abs. 2 ganz oder teilweise abweisendes Urteil die Berufung eingelegt, so findet keine Zurückverweisung statt; denn dieses Urteil ist für den Kläger kein Versäumnisurteil (vgl. Mot. S. 310).

8. Bei Zurückverweisung ohne Verwerfung der Berufung bleibt die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz vorbehalten. Das Gericht erster Instanz hat über die Prozeßkosten, zu denen auch die der Berufungsinstanz gehören, zu entscheiden.

§ 501.

Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

Mot. S. 311. KPr. S. 243, 244.

1. Litteratur: s. Bem. Nr. 1 zu § 500.

2. Die Zurückverweisung setzt einen Mangel des Verfahrens, d. i. eine Verletzung des Prozeßgesetzes, voraus. Wegen Verletzung des materiellen Rechts kann nicht zurückverwiesen werden [RG. 25. Nov. 1885 Entsch. XXV Nr. 79 S. 361]. Wesentlich ist der Mangel, wenn die Verletzung des Gesetzes für die Entscheidung kausal ist, d. i. wenn ohne die Verletzung die Entscheidung nicht oder nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Wesentlich und unwesentlich sind nicht [wie Wach Vortr. S. 197 anzunehmen scheint] Qualitäten gewisser Prozeßrechtsnormen, sondern Qualitäten bestimmter Verletzungen des Prozeßrechts, von dem Gesichtspunkte des Kausalverhältnisses zur angefochtenen Entscheidung betrachtet. [Vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 50 f. AM. Gaupp II S. 57.] Man darf auch nicht

Digitized by Google

die wesentlichen Mängel mit den unheilbaren, die unwesentlichen mit den nach § 267 heilbaren zusammenwerfen [wie dies Siebenhaar S. 500 in offenbarem Mißverständnisse gethan hat]. — Die in § 513 angeführten Gesetzesverletzungen, die das Gesetz als absolute Revisionsgründe erklärt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 513) sind zweifellos wesentliche Mängel im Sinne des § 501. Andere Verletzungen des Prozeßgesetzes *können* kausal für die Entscheidung sein. [AM. RG. 18. März 1883 Entsch. IX Nr. 93 S. 325; die dort angef. Entsch. d. 1. Inst. beruhte auf Verletzung der Vorschriften über das Beweisverfahren.] Daß die Verletzung des Prozeßgesetzes in der Berufungsverhandlung von den Parteien gerügt wurde, ist nicht nötig (vgl. das in Bem. Nr. 2 zu § 487 cit. U. d. RG.); doch bleibt die Verletzung des sog. dispositiven Prozeßrechts (s. Bem. Nr. 6 zu § 267), deren Rüge nach §§ 267, 492 ausgeschlossen ist, in der zweiten Instanz außer Betracht; ebensowenig darf das Berufungsgericht die Verletzung einer dispositiven Prozeßrechtsnorm, deren Verletzung von der *erschienenen* rügeberechtigten Partei in der Berufungsverhandlung nicht gerügt wird, von Amtswegen beachten.

3. Ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß das Verfahren der ersten Instanz an einem wesentlichen Mangel leide, so ist gleichwohl die Zurückverweisung der Sache nicht notwendig. Kann das Berufungsgericht auf Grund der zweitinstanziellen Verhandlung ohne Heranziehung des ungültigen Verfahrens der ersten Instanz eine andere Entscheidung treffen, so darf es diese Entscheidung selbst geben; es darf aber auch die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des von dem Mangel betroffenen Verfahrens an das Gericht erster Instanz zurückverweisen. Die Befugnis des Berufungsgerichts, in der Sache selbst zu entscheiden, ist nicht auf die Fälle der Nr. 1, 2 des § 528 beschränkt, weil im Berufungsverfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden können. Sind beide Parteien in der Berufungsinstanz erschienen, so wird regelmäßig auf Grund der neuen Verhandlung ohne Heranziehung des erstinstanziellen Verfahrens eine Entscheidung zur Sache möglich sein. Doch *muß* das Berufungsgericht, auch wenn es auf Grund der Verhandlung in der Berufungsinstanz zur Sache selbst entscheiden könnte, nicht die Entscheidung geben, sondern *kann* trotzdem zurückverweisen. Wann das Gericht den einen oder anderen Weg einschlagen soll, entzieht sich, da Zweckmäßigkeitsrücksichten den Ausschlag geben, der theoretischen Erörterung. Im allgemeinen wird sich empfehlen, wenn das *ganze* Verfahren der ersten Instanz von dem Mangel betroffen ist, z. B. wenn das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt oder die Parteien nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten waren, die Sache zurückzuverweisen. Bei mangelhaftem Thatbestande des Urteils erster Instanz ist die Zurückverweisung zulässig, denn es liegt ein prozessualischer Verstoß vor [RG. 8. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 117 S. 407, 28. Mai 1881 IV Nr. 126 S. 432, 13. Dez. 1886 XVII Nr. 88 S. 361 ff., OLG. Jena SA. XL Nr. 250]; aber die Zurückverweisung ist nicht wohl angezeigt, wenn in der Berufungsinstanz ein vollständiger Thatbestand hergestellt werden kann [vgl. Brückner Ztschr. f. d. CPr. V S. 414 ff.].

4. Will das Berufungsgericht zurückverweisen, so ist, wie im Falle des § 500, das erstinstanzielle Urteil aufzuheben; dabei ist festzustellen, inwieweit auch das *Verfahren* der ersten Instanz nichtig ist. Betrifft die Verletzung des Prozeßgesetzes das ganze Verfahren, so ist das ganze Verfahren für nichtig zu erklären. Betrifft die Verletzung nur einen Teil des erstinstanziellen Verfahrens, so ist nur der betroffene Teil aufzuheben, während der andere Teil bestehen bleibt. Bei teilweiser Aufhebung können bedingte Endurteile und Zwischenurteile, die in erster Instanz auf Grund eines gültigen Teils der Verhandlung erlassen sind, bestehen bleiben (KPr. S. 243 f.); es können auch andere Bestandteile der Verhandlung, z. B. Beweisaufnahmen, Parteierklärungen, gerichtliche Geständnisse,

Digitized by Google

Eideserklärungen, Eidesleistungen und prozessualische Präklusionen, z. B. die mit der Einlassung eingetretene Präklusion des Widerspruchs gegen die Klagänderung, die Präklusion der sog. verzichtbaren prozeßhindernden Einreden ꝛc., bestehen bleiben, soweit sie außerhalb des nichtigen Verfahrens liegen. Die Einheit des Verfahrens bewirkt nur, daß bei teilweiser Nichtigkeit des Verfahrens dem Beklagten alle Rechte zurückgegeben werden, die nicht durch die im gültigen Verfahren gelegenen Zwischenurteile, Geständnisse, Eidesleistungen oder Präklusionen ausgeschlossen waren. [So auch A. Förster N. 3, Hellmann Lehrb. S. 700; ähnlich v. Kries Rechtsm. S. 338 und Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 237. Abw. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 59, Wach Vortr. S. 198.] Die Versäumnis des Termins zur mündlichen Verhandlung über die zurückverwiesene Sache ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 295, 296, 297, 430) zu behandeln. Über das Verf. nach der Zurückverweisung vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 54 ff.

Daß das Berufungsgericht einen quantitativen Teil des Urteils wegen eines Prozeßmangels nur aufheben kann, wenn die Berufungsanträge sich auf diesen Teil beziehen, folgt aus § 498.

5. Das Urteil, das die Aufhebung und Zurückverweisung ausspricht, ist Zwischenurteil und nicht selbständig anfechtbar. Zur Kognition des Revisionsgerichts kann es nur gebracht werden, wenn gegen das neue erstinstanzielle Urteil wieder Berufung ergriffen und darauf vom Berufungsgerichte ein Endurteil erlassen ist (vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 500). Das Untergericht ist an das Zwischenurteil der höheren Instanz gebunden; vgl. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 500.

6. Wegen der Kosten vgl. Bem. Nr. 8 zu § 500; wegen der Gebühren vgl. Bem. Nr. 2 litt. f zu § 500.

§ 502.

Werden nach Vorschrift des § 252 Verteidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urteils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Verteidigungsmitteln ergeht, ist in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen.

Mot. S. 311 f. KPr. S. 244 f., 559.

1. Zu Abs. 1: Vgl. die Bemerkungen zu § 252. — Auch für die Berufungsinstanz ist die Rolle der Partei in erster Instanz maßgebend. Nur Verteidigungsmittel dessen, der in erster Instanz Beklagter oder Widerbeklagter war, können zurückgewiesen werden. — Was als nachträglich vorgebracht zu betrachten ist, entscheidet sich nach dem Zeitpunkte des Vorbringens in der Berufungsinstanz. In der ersten Instanz nach § 252 zurückgewiesene Verteidigungsmittel können in der Berufungsinstanz rechtzeitig vorgebracht sein.

2. Zu Abs. 2: Der Vorbehalt ist in der Urteilsformel auszusprechen. Entweder sind die vorbehaltenen Verteidigungsmittel in der Formel anzuführen oder es ist in der Formel auf die Entscheidungsgründe zu verweisen; jenes ist zweckmäßiger. [Ein Formular s. Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 344.] Für den Ergänzungsantrag gilt die Frist des § 292 Abs. 2. Nach Ablauf dieser Frist ist die Ergänzung noch im Wege der Revision erreichbar. Die Sache liegt anders, als im Falle des § 292 Abs. 1; die zurückgewiesenen Verteidigungsmittel sind nicht, wie im Falle des § 292 der Anspruch, bei der Beurteilung

Digitized by Google

übergangen worden; sie wurden berücksichtigt, denn sie wurden zurückgewiesen; aber die Zurückweisung verstößt gegen § 502 Abs. 2, wenn kein Vorbehalt ausgesprochen ist, diese Gesetzesverletzung kann durch Revision geltend gemacht werden. Vgl. das den entsprechenden Fall des § 562 betr. Urt. d. RG. Entsch. X S. 343.

3. Zu Abs. 3: Das unter Vorbehalt ergehende Urteil beendet den Streit nur provisorisch. Es gleicht darin dem Urteile nach § 562, ist jedoch von diesem insofern verschieden, als nach § 502 nur bestimmte Verteidigungsmittel vorbehalten werden können, während nach § 562 die Ausführung aller Rechte vorbehalten wird. — Das Urteil mit Vorbehalt kann selbständig mit Revision angefochten werden. Es ist, sobald es formell rechtskräftig ist, bei vorläufiger Vollstreckbarkeit natürlich sofort, vollstreckbar. Die Vollstreckbarkeit dauert fort, bis das Urteil aufgehoben und das aufhebende Urteil rechtskräftig ist. Wird das aufhebende Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so hört mit dessen Erlassung die Vollstreckbarkeit des ersten Urteils auf. [Unrichtig ist die Ansicht Brettners Ztschr. f. d. CPr. III S. 346, daß das aufhebende Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne.]

4. Im Urkunden- und Wechselprozesse und in Ehesachen ist der § 502 nicht anwendbar (§§ 564, 583).

§ 503.

In betreff der Verteidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig.

Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden.

Mot. S. 311, 312. KPr. S. 244, 245, 559.

1. Das weitere Verfahren beschränkt sich auf die vorbehaltenen Verteidigungsmittel. Andere Verteidigungsmittel können nicht mehr geltend gemacht werden [RG. 17. Dez. 1883 Entsch. X Nr. 132 S. 407]. Der Kläger kann sich zur Abwehr neuer Verteidigungsmittel bedienen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so kann der Beklagte zur Elidierung derselben neue, nicht vorbehaltene Defensionen vorbringen (Mot. S. 311).

Jede Partei kann die andere zur mündlichen Verhandlung über die vorbehaltenen Verteidigungsmittel laden. Ladungsfrist: § 194. Von Amtswegen wird der Termin nicht bestimmt (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f. 5 vor § 191). Das Nachverfahren ist mit dem früheren hinsichtlich der Kostenerstattungspflicht als einheitliches zu behandeln; jedoch ist Kostenaussonderung nach § 92 Abs. 2 oder § 251 Abs. 2 möglich. Das Nachverfahren bildet mit dem früheren hinsichtlich der Gebühren eine Instanz (arg. a contr. GKG. § 31).

2. Werden die vorbehaltenen Verteidigungsmittel als hinfällig erkannt, so sind sie durch Endurteil zu verwerfen (z. B.: „die durch Urteil vom . . . . . vorbehaltene Einrede des Schulderlasses wird verworfen"); der Beklagte ist in die Kosten des Nachverfahrens zu verurteilen. Ergiebt sich dagegen, daß der vom Kläger erhobene Anspruch ganz oder teilweise unbegründet ist, so ist das frühere Urteil (ganz oder teilweise) aufzuheben und der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen; über die Kosten ist aufs neue zu erkennen. Hat der Beklagte auf Grund des früheren Urteils gezahlt oder geleistet, so kann er bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, innerhalb des Nach-

Digitized by Google

verfahrens die Verurteilung des Klägers zur Erstattung verlangen. Über einen solchen Antrag ist mündlich zu verhandeln. Ob der Beklagte außer der Erstattung des Gezahlten oder Geleisteten auch Zinsen aus den zurückzuerstattenden Geldbeträgen und Ersatz des Schadens beanspruchen kann, der ihm durch die Zahlung oder Zwangsvollstreckung zuging, ist in der CPrO. nicht entschieden. Nach gemeinem Rechte läßt sich ein Anspruch auf Zinsen und Schadensersatz wohl nur bei Dolus des Klägers begründen, d. i. wenn der Kläger gewußt hat, daß ihm der provisorische zuerkannte Anspruch nicht zustehe. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 655. Im Entw. II e. BGB. Anm. zu § 763 ist Schadensersatzpflicht in Aussicht genommen. Keinesfalls kann ein Anspruch auf Zinsen oder Schadensersatz innerhalb des Nachverfahrens erhoben werden.

Sowohl das Urteil, das die vorbehaltenen Verteidigungsmittel verwirft, wie das Urteil, wodurch das frühere Urteil ganz oder teilweise aufgehoben wird, ist unter den allgemeinen Voraussetzungen durch Revision anfechtbar.

3. Terminsversäumnis im Nachverfahren. Die Vorschriften über das Versäumnisurteil finden entsprechende Anwendbarkeit, obwohl dies nicht, wie in § 563 Abs. 3, ausdrücklich gesagt ist. Da das Nachverfahren sich nur um die Frage dreht, ob die vorbehaltenen Verteidigungsmittel zu einer Aufhebung des Urteils führen, so ist der Beklagte der Angreifer, der Kläger der Angegriffene. Daraus ergiebt sich: Bleibt der Kläger aus, so ist arg. § 296 das auf die vorbehaltenen Verteidigungsmittel bezügliche thatsächliche Vorbringen des Beklagten als zugestanden anzunehmen und, soweit dieses den Antrag auf Aufhebung des Urteils und Verurteilung des Klägers zur Wiedererstattung begründet, den Anträgen des Beklagten durch Versäumnisurteil stattzugeben. Anderes thatsächliches Vorbringen des Beklagten wäre als unzulässig nicht zu beachten. Bleibt der Beklagte aus, so sind arg. § 295 die vorbehaltenen Verteidigungsmittel durch Versäumnisurteil zu verwerfen. Wer die Berufung ergriffen hat, ist gleichgültig. [Vgl. Struckm. Koch N. 4c, Gaupp II S. 62, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 359, Troll Vers.Urt. S. 100, der aber irrtümlich von Widerklage spricht. AM. Zeitlmann über d. Einfl. der Zwischenurteile ꝛc. (München 1893) S. 21 f.]

§ 504.

Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnisurteil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise*) beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe.

Mot. S. 312, 313. KPr. S. 245—247, 550.

Litteratur: H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 352 ff. und XIII S. 251 ff., Troll Vers.Urt. S. 159 ff., Neubauer Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 102 ff.

1. Beantragt der Berufungsbeklagte gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungskläger das Versäumnisurteil, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die Formalien der Berufung (s. Bem. Nr. 1 zu § 497) in Ordnung sind. Vermag der Berufungsbeklagte dies nicht nachzuweisen, ohne daß jedoch

*) Im Reichsgesetzblatt steht der Druckfehler „zuverlässiger Weise".

Digitized by Google

das Vorhandensein eines formellen Mangels feststeht, so ist der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils vorbehaltlich des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung zu beantragen, zurückzuweisen (§ 300). Steht nach Ansicht des Berufungsgerichts fest, daß ein Mangel in den Formalien vorhanden ist, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Dieses Urteil ist auch gegenüber der nichterschienenen Partei kein Versäumnisurteil, unterliegt daher nicht dem Einspruche, sondern kann nur durch Revision angefochten werden. Vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 295 und Bem. Nr. 4 zu § 300. [So auch Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 711, Troll Vers.Urt. S. 159 f., Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVII, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 461, Wach Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 6 ff. AM. nämlich gegen die Prüfung der Berufungsformalien Gaupp II S. 64, Möller Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 188, Wagemann Ztschr. f. d. CPr. VI S. 60, H. Meyer eod. IX S. 352 f., Brettner Mag. f. DR. II S. 296. Vgl. a. RG. 5. April 1884 Entsch. XII Nr. 102 S. 365, wo gesagt ist, daß die Formalien bei Versäumnis des Berufungsklägers nicht ex officio zu prüfen seien, gleichwohl aber vom Berufungsbeklagten der Nachweis der Zustellung des Urteils erster Instanz verlangt wird, um zu beurteilen, ob nicht die Berufung vor Zustellung des U. eingelegt sei. Folgerichtig ist diese Entscheidung keinesfalls; denn wenn die Formalien nicht zu prüfen sind, so ist nicht abzusehen, warum gleichwohl die Beobachtung des § 477 Abs. 2, der doch auch nur ein Formale betrifft, ex officio geprüft werden soll. In neueren Entscheidungen v. 6. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 166 und v. 19./22. Dez. 1893 SA. XLIX Nr. 22, auch in Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 742, hat das RG. ausgesprochen, daß die Formalien des Rechtsmittels auch im Versäumnisfalle von Amtswegen zu prüfen, daher der Nachweis der ordnungsmäßigen Einlegung zu fordern sei.] Sind die Formalien in Ordnung, so ist das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß die Berufung zu verwerfen sei. Dies folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 295. Wie in erster Instanz das Versäumnisurteil gegen den Kläger als Urteil zur Hauptsache dem Kläger das geltend gemachte Recht abspricht (s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 295), so ergeht in der Berufungsinstanz das Versäumnisurteil zu Ungunsten des Berufungsklägers. Es ist einerlei, ob der Berufungskläger in erster Instanz Kläger oder Beklagter war. [Vgl. hierzu die Motive zu Entw. I S. 372, Entw. II S. 399, Entw. III S. 312. Abweichend nur v. Kries Rechtsmittel S. 205 ff., der unterscheidet, ob der Berufungskläger in der ersten Instanz Kläger oder Beklagter war; in jenem Falle soll § 295, in diesem § 296 anwendbar sein. Das ist unhaltbar. Bei Berufung gegen Eidesurteile kommt man damit ganz und gar in die Brüche.] Gegen das Versäumnisurteil findet der Einspruch statt.

2. Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnisurteil, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die Formalien der Berufung in Ordnung sind, und bei einem fehlenden Nachweise oder beim Vorhandensein eines Mangels der Formalien ebenso zu entscheiden, wie in der Bem. Nr. 1 für den Fall der Versäumnis des Berufungsklägers ausgeführt ist. Sind die Formalien in Ordnung, dann ist ein Urteil zur Sache auf Grund der in § 504 Abs. 2 vorgesehenen Versäumnisfolgen zu erlassen. Diese Versäumnisfolgen sind einigermaßen anders als in § 296 bestimmt. Weil nämlich das angefochtene Urteil, das einschließlich des Thatbestandes nach § 488 vom Berufungskläger bei der mündlichen Verhandlung vorzutragen ist, die nicht zu ignorierende Grundlage der Verhandlung bildet (Mot. S. 312), so bedarf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers nicht schlechthin, sondern nur insoweit keines Beweises (nach der Terminologie des Gesetzes: ist — als zugestanden zu erachten), als das festgestellte Sachverhältnis

Digitized by Google

nicht entgegensteht. „Festgestelltes Sachverhältnis" ist, was in erster Instanz behauptet und entweder zugestanden, oder bestritten und erwiesen, oder bestritten und nicht erwiesen ist, wobei die Beweiswürdigung der ersten Instanz den Berufungsrichter nicht bindet. Nicht zu dem festgestellten Sachverhältnisse gehört, was behauptet und weder bestritten noch zugestanden oder erwiesen ist; also die Behauptungen, die gemäß den §§ 129 Abs. 2, 404 Abs. 3, 417 Abs. 2 nur als zugestanden „anzusehen" sind. Wenn die auf Grund dieser Paragraphen in erster Instanz eingetretenen Versäumnisfolgen den jetzigen Berufungsbeklagten trafen, bleiben sie natürlich bei dessen contumacia im Berufungsverfahren bestehen. Wenn jene Folgen aber ihre Spitze gegen den Berufungskläger richteten, kann dieser im Falle der Versäumnis des Berufungsbeklagten die in der ersten Instanz versäumten Erklärungen in der zweiten Instanz nachholen und dadurch die in erster Instanz eingetretenen Nachteile ausbessern. [Vgl. hierzu Troll Verf.Urt. S. 175 f.]

Soweit das festgestellte Sachverhältnis dem thatsächlichen mündlichen Vorbringen des Berufungsklägers entgegensteht, bedarf dieses Vorbringen trotz der contumacia des Berufungsbeklagten des Beweises und ist daher nur zu berücksichtigen, wenn die Aufnahme von Beweis zulässigerweise beantragt ist. Ist aber die Aufnahme von Beweis zulässigerweise beantragt, dann wird der Beweis nicht wirklich erhoben, sondern es wird angenommen, daß die Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe, und mit diesem angenommenen Beweisergebnisse muß das Berufungsgericht operieren, indem es dasselbe im Zusammenhalte mit etwaigem Beweismateriale der ersten Instanz nach freiem Ermessen und, soweit Beweisregeln eingreifen, nach diesen Regeln beurteilt — eine eigentümliche und wenig praktische Einrichtung. Die Unzulässigkeit einer Beweisaufnahme kann sich aus den §§ 263, 383 Abs. 2, 410, 411, 413, 414, 428 Abs. 2, 429, 434—436, 544 Abs. 2 ergeben.

Einzelnes: a) Der Berufungskläger bringt zur Begründung seiner Klage oder zu seiner Verteidigung eine neue Behauptung vor. Diese ist für zugestanden anzusehen. b) Der Berufungskläger bringt eine Behauptung vor, die schon in erster Instanz von ihm vorgebracht und vom Gegner bestritten wurde. Die Behauptung ist auch in zweiter Instanz nicht für zugestanden zu erachten. Wenn der Berufungskläger nicht bloß die Resultate der in erster Instanz gepflogenen Beweiswürdigung angreift, so bedarf die Behauptung des Beweisangebots. Beantragt der Berufungskläger bezüglich dieser Behauptung eine Beweisaufnahme, so tritt die besprochene Fiktion ein. Ist z. B. Beweis durch Zeugen beantragt, so wird fingiert, daß die Zeugen das aussagten, was unter ihr Zeugnis gestellt wurde; ist Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, so ist, Zulässigkeit der Zuschiebung vorausgesetzt, anzunehmen, daß die Eidesleistung von dem Gegner verweigert wurde. c) Der Berufungskläger bestreitet thatsächliche Behauptungen, die in der ersten Instanz vom Gegner vorgebracht und vom Berufungskläger gerichtlich zugestanden waren. Dann ist zur Wirksamkeit der Bestreitung ein Beweisangebot gemäß § 263 nötig; die Fiktion des in Aussicht gestellten Beweisergebnisses tritt nur ein, soweit das Beweisangebot dem § 263 entspricht. Waren die Behauptungen des Gegners von dem Berufungskläger schon in der ersten Instanz bestritten und beschränkt sich der Berufungskläger nicht darauf, die Beweiswürdigung anzufechten, so muß der Berufungskläger Beweis für die Unrichtigkeit jener Behauptungen beantragen und es tritt, soweit die beantragte Beweisaufnahme zulässig ist, jene Fiktion ein. [Vgl. RG. 1. Juli 1893 Sächs. Arch. III S. 585.] Da der Beweis des Gegenteils einer beschworenen Thatsache nur unter den in § 428 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen zugelassen ist, so ist im Falle einer in erster Instanz stattgehabten Eidesleistung des Gegners eine Beweisantretung des Berufungsklägers nur beachtlich, wenn sie

Digitized by Google

dem § 428 Abs. 2 entspricht. d) Der Berufungskläger bestreitet in der Berufungsinstanz eine dem Urteile der ersten Instanz zu Grunde liegende thatsächliche Behauptung, die von dem Gegner in erster Instanz vorgebracht, von dem Berufungskläger damals nicht beantwortet und daher gemäß § 129 Abs. 2 als zugestanden angesehen wurde. Die Bestreitung hat zur Folge, daß die gegnerische Behauptung jetzt beweisbedürftig ist und, da von dem nicht erschienenen Berufungsbeklagten kein Beweisangebot vorliegt, als nicht erwiesen behandelt wird. Entsprechend gestaltet sich die Sachlage bei Nachholung einer in erster Instanz von dem Berufungskläger versäumten Erklärung über die Echtheit einer Urkunde oder über eine Eideszuschiebung. Die Echtheit der (Privat-)Urkunde wird beweisbedürftig und ist unerwiesen; bei Annahme des Eides wird die Eidesleistung, bei Zurückschiebung die Verweigerung fingiert.

Die entwickelten Sätze gelten, mag der Berufungskläger in der ersten Instanz Kläger oder Beklagter gewesen sein. [Irrtümlich behauptet v. Kries S. 205, in § 504 Abs. 2 sei einseitig der Fall, daß der Berufungsbeklagte der Beklagte der 1. Inst. sei, ins Auge gefaßt.]

Aus Nr. 3 des § 300 folgt, daß die vom Berufungskläger vorgebrachten Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträge dem Berufungsbeklagten rechtzeitig mitgeteilt sein müssen, damit die Versäumnisfolge realisiert werden kann [vgl. Mot. S. 312, OLG. Dresden SA. XLVIII Nr. 153]. Was nach dem Thatbestande des Urteils in der mündlichen Verhandlung erster Instanz schon vorgebracht war, bedarf keiner wiederholten Ankündigung durch Schriftsatz in der Berufungsinstanz.

Das gegen den nicht erschienenen Berufungsbeklagten ergangene Urteil kann durch Einspruch des Berufungsbeklagten angefochten werden, wenn und soweit es Versäumnisurteil gegen ihn ist, also wenn es Versäumnisfolgen realisiert und soweit es den Anträgen des Berufungsklägers stattgiebt. Wenn das Urteil keine der in § 504 Abs. 2 bezeichneten Versäumnisfolgen realisiert, sondern nur aus Rechtsgründen oder auf Grund abweichender Würdigung der in erster Instanz aufgenommenen Beweise das Urteil der ersten Instanz abändert oder aufhebt, so ist es kein Versäumnisurteil; ebenso, insoweit es zwar eine oder die andere der in § 504 bezeichneten Versäumnisfolgen hypothetisch realisiert, aber gleichwohl zur gänzlichen Verwerfung der Berufung gelangt; vgl. Bem. Nr. 2 g. E. zu § 296. Wenn und insoweit das Urteil nicht Versäumnisurteil ist, kann es nicht mit Einspruch, wohl aber unter den allgemeinen Voraussetzungen mit Revision angefochten werden. [Vgl. Troll Vers.Urt. S. 80 ff., OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 351. Dagegen behandeln das RG. 20. Juni 1883 Entsch. X Nr. 128 S. 403, 23. März 1891 XXVIII Nr. 92 S. 395, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 67, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 356 jedes auf einseitige Verhandlung erlassene Urteil als ein durch Einspruch anfechtbares Vers.Urt.]

3. Auf die Anschlußberufung sind die Bem. Nr. 2, 3 vorgetragenen Sätze entsprechend anzuwenden. Aus Bem. Nr. 4 litt. c zu § 482 ergiebt sich, daß der Versäumnisfall in Bezug auf die Anschlußberufung nur vorkommen kann, wenn die Anschlußberufung in einem früheren Termine, wozu beide Parteien erschienen waren, mündlich vorgetragen oder die Anschlußberufungsschrift dem Berufungskläger innerhalb der Berufungsfrist zugestellt war. Das Versäumnisurteil gegen den angeschlossenen Berufungsbeklagten lautet auf Verwerfung seines Anschlußantrags, das gegen den Berufungskläger und Anschlußberufungsbeklagten ist nach § 504 Abs. 2 zu erlassen. [Vgl. Mot. S. 313, Kleinschmidt Ztschr. f. d. CPr. V S. 458, RG. 27. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 115 S. 384.] Wer annimmt, daß eine Anschließung durch mündlichen Vortrag in Anwesenheit des Berufungs-

Digitized by Google

klägers erhoben werden könne, muß auch annehmen, daß der Versäumnisfall sofort eintreten kann.

§ 505.

Bei der Darstellung des Thatbestandes im Urteile ist eine Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz nicht ausgeschlossen.

KPr. E. 544.

1. Litteratur s. Bem. Nr. 4 zu § 284. Speziell von § 505 handeln Streich a. a. O. S. 254 ff., Möller a. a. O. S. 192 ff., Rocholl a. a. O. S. 513 ff., Bähr a. a. O. S. 207 ff., Wengler a. a. O. S. 147 ff.

2. Der § 505 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Die Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz ist nur möglich, soweit die Parteien in der Berufungsinstanz dasselbe wie in der ersten vortrugen. Ist das Urteil der ersten Instanz nicht mit einem den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Thatbestande versehen, so muß das Berufungsgericht entweder nach § 501 zurückverweisen (vgl. Bem. Nr. 3 g. E. zu § 501) oder selbst einen das ganze Streit- und Sachverhältnis darlegenden Thatbestand abfassen. [Vgl. Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 254, Möller eod. XXVI S. 192 ff., Wengler Thatbestand S. 153, RG. 21. April 1881 Entsch. IV Nr. 126 S. 432.] — In dem Thatbestande kann auf den Inhalt der Schriftsätze und auf die Feststellungen im Sitzungsprotokolle der Berufungsinstanz Bezug genommen werden (§ 284 Abs. 2); doch kann auch hier die bloße Bezugnahme die Stelle des Thatbestandes nicht vertreten. Vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 284 und Bem. Nr. 8 litt. c zu § 513.

3. Auch auf die Entscheidungsgründe des Urteils der vorigen Instanz kann Bezug genommen werden; vgl. Bem. Nr. 8 litt. a g. E. zu § 513.

§ 506.

Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts hat innerhalb vierundzwanzig Stunden, nachdem die Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Nach Erledigung der Berufung sind die Akten dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urteils zurückzusenden.

Mot. E. 813. KPr. E. 247, 559.

1. Zu Abs. 1: Die Prozeßakten sind der höheren Instanz auf die Einforderung hin zu übersenden, obwohl, wie dies bei Berufung gegen ein Teil- oder Zwischenurteil möglich ist, der Rechtsstreit auch in der unteren Instanz anhängig bleibt (KPr. S. 247). Kann das Untergericht sich nicht ohne Akten behelfen, so ist die Verhandlung zu vertagen.

2. Zu Abs. 2: Vgl. GKG. § 94 Nr. 1, dann preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschreiber d. LG. § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 32 Anl. II) und preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. OLG. § 7 Abs. 7 (JMBl. 1879 Nr. 37 Anl. A); bay. Dienstvorschr. f. d. Gerichtsschr. § 49 (JMBl. 1879 S. 828 f.).

Die Kenntnis des Urteils der höheren Instanz ist für die untere Instanz notwendig wegen §§ 34, 98, 646. Für die Urteilsabschrift sind Schreibgebühren zu erheben, arg. GKG. § 80a vgl. m. §§ 18 Nr. 3, 47 [RG. 10. April 1883 Entsch. XI Nr. 109 S. 409].

Daß die Akten der oberen Instanz an die untere Instanz abzugeben seien, ordnet die CPrO. nicht an. Für Preußen ist dies durch die cit. Verordnungen bestimmt.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.
Revision.

1. Über den Charakter dieses Rechtsmittels bemerken die Motive S. 42 ff.:

„Die Revision ist als ein auf die rechtliche Beurteilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, als eine frei gestaltete revisio in iure konstruiert. Der Revisionsrichter hat zu prüfen, ob das angefochtene Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, und bei dieser Prüfung das im Urteile festgestellte Sachverhältnis zu Grunde zu legen, sofern nicht in dem Verfahren, welches zur Feststellung des Sachverhältnisses geführt hat, eine Gesetzesverletzung gerügt wird.

In dem Entwurfe ist dieses Rechtsmittel als „Revision" bezeichnet, weil man einen besseren Ausdruck nicht zu finden vermochte. Den in der neueren deutschen Gesetzgebung üblich gewordenen, wenngleich der Sache nicht entsprechenden Ausdruck „Nichtigkeitsbeschwerde" wollte man meiden, weil er zu sehr an den Kassationsrekurs des französischen Rechts erinnert, mit diesem aber der Sache und den Formen nach vollständig gebrochen werden sollte.

Der Kassationsrekurs des französischen Rechts ist eine Rechtsbildung, welche mit der staatsrechtlichen Stellung des Kassationshofes in engster Verbindung steht.

Die nachfolgenden Gegensätze werden den Charakter der Revision deutlich hervortreten lassen.

Der Kassationshof, tribunal unique et sédentaire auprès du corps législatif, ist ein Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staates, welches im öffentlichen Interesse richterliche Urteile wegen der darin enthaltenen Gesetzesverletzung vernichtet. — Der Revisionshof ist ein Gericht, welches den Parteien Recht spricht und ein Privatinteresse schützt, indem es ein Urteil aufhebt, wenn und insoweit es auf einer Gesetzesverletzung beruht, folgeweise Parteirechte schädigt. Ihrem Charakter entsprechend ist die Revision von den Parteien zur Hand zu nehmen, während der Kassationsrekurs auch von der Staatsbehörde erhoben werden kann; die Rücksicht auf die Beförderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung giebt nur den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision als einer prozessualen Institution ab.

Der Kassationsrekurs als „remède extrême, qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances" hat keinen Suspensiveffekt, wird durch die der gemeinrechtlichen Restitutionsklage entsprechende requête civile ausgeschlossen und gegen ein arrêt des Kassationshofes ist die requête civile unzulässig. — Die Revision als ein ordentliches civilprozessualisches Rechtsmittel hat Suspensiveffekt und schließt ihrerseits die Restitutionsklage aus; gegen ein Revisionsurteil ist die Restitutionsklage statthaft.

Der Kassationsrekurs bedarf einer streng formalen Begründung, einerseits weil das Urteil nicht sowohl wegen einer nicht sachgemäßen Entscheidung als wegen der Verletzung eines bestimmten Gesetzes angegriffen wird, andererseits weil die Zulassung des Rekurses von einer Vorprüfung durch die chambre des requêtes abhängig ist. — Die Revision ist rücksichtlich ihrer Begründung so frei gestaltet, wie die Berufung. Daß der Revisionskläger, wenn er Mängel des Verfahrens rügt, die diesen Mangel ergebenden Thatsachen, wenn er behauptet, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen unrichtig festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, diese Thatsachen zu bezeichnen hat, ist Folge allgemeiner Grundsätze über die Substanzierung von Anträgen.

Die Prozeßformen vor dem Kassationshofe weichen von den Prozeßformen vor den Gerichten ganz wesentlich ab, wenngleich dieselben als formes presque judiciares bezeichnet werden können; sie beruhen auf dem Prinzip der Schriftlichkeit. — Die Prozeßformen vor dem Revisionsgerichte sind die allgemeinen Prozeßformen, in nichts verschieden von denjenigen, welche für das Berufungsverfahren Geltung haben; sie folgen durchweg dem Prinzipe der Mündlichkeit. [Vgl. jedoch GVG. § 137 Abs. 3 in d. F. d. RG. v. 17. März 1886.]

Der Kassationshof als Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staates kann, wenn er dem Rekurse statt giebt, nur das angefochtene Urteil vernichten, nicht aber den

Digitized by Google

Parteien Recht sprechen; dieser Rechtsspruch muß einem Gerichtshofe überlassen werden, welcher grundsätzlich nicht an die Rechtsnormen gebunden ist, welche der Kassationshof der Vernichtung des Urteils zu Grunde gelegt hat. — Das Revisionsgericht hat grundsätzlich, wie jedes Gericht, den Parteien Recht zu sprechen, und es sind lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit, welche eine Bestimmung rechtfertigen, wonach das Revisionsgericht im Falle der Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen hat, sofern die Sache nicht bereits zur Entscheidung reif erscheint. Daß das letztere Gericht an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zum Grunde gelegt ist, gebunden sein muß, folgt ohne weiteres aus allgemeinen Grundsätzen."

Dann S. 314 f.: „Die Revision des Gesetzes ist eine neue Rechtsbildung und in ihrer allgemeinen Tendenz zu kennzeichnen als ein wie die Berufung freigestaltetes, jedoch auf die rechtliche Würdigung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel.

Die Richtigkeit dieser Charakteristik ergeben die nachstehenden Grundzüge.

Das Rechtsmittel hat suspensive Wirkung (§ 645) und devolviert den gesamten Rechtsstreit einschließlich der dem Endurteile vorausgegangenen Entscheidungen an ein vorgeordnetes Gericht, das Revisionsgericht (§ 510).

Frist und Form der Einlegung des Rechtsmittels (§§ 514, 515) entsprechen denjenigen der Berufung. Für die Thätigkeit des Revisionsgerichts sind die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung gestellten Revisions- und Anschließungsanträge bestimmend (§§ 522, 279, 518); für die dem Gerichte obliegende freie Prüfung aller in die angegriffenen Teile des Rechtsstreits einschlagenden Rechtsfragen ist die Rüge durch die Partei weder Vorbedingung noch Schranke (§§ 515, 522). Das Verfahren über die Revision ist das Regelverfahren der ersten Instanz (§ 520). Über die vorbereitenden Schriftsätze bestimmen die §§ 516—520. Die einzelnen Positionen des § 516 erläutern die verschiedenen Richtungen, nach welchen das Urteil mit dem Rechtsmittel angegriffen werden kann.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruht. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine „Rechtsnorm" nicht oder nicht richtig angewendet ist (§§ 511, 512).

Der Begriff und das Vorhandensein einer Gesetzesverletzung ist vollkommen unabhängig von dem Entstehungsgrunde der verletzten Rechtsnorm (§§ 512, 265, EG. § 12), nicht minder davon, ob dieselbe dem Gebiete des materiellen oder formellen Rechts — aus welchem letzteren der § 513 nur in deklarativer Weise einige absolute Mängel des Verfahrens hervorhebt — angehört und ohne Rücksicht darauf, ob der Richter der Vorinstanz gefehlt hat:

a) bei Feststellung des Sachverhältnisses § 516 Nr. 3,
b) bei Anwendung des Rechts auf das ohne Gesetzesverletzung festgestellte Sachverhältnis — in der Subsumtion — §§ 516 Nr. 1, 528 Abs. 2 oder
c) gegen eine Vorschrift über das Verfahren §§ 513, 521, 267, 516 Nr. 2.

Wird die Revision begründet gefunden, so hebt das Revisionsgericht das angefochtene Urteil auf (§ 527 Abs. 1). Das Revisionsgericht ist prinzipiell nicht gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden, vielmehr ist es hierzu verpflichtet, wenn die Aufhebung nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Entscheidung reif ist (§ 528 Abs. 3 Nr. 1). Leidet das Verfahren an Mängeln, so unterliegt es gleichfalls der Aufhebung, und es folgt hieraus die Notwendigkeit, die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hiervon entbindet das Gesetz nur in den Fällen der Unzuständigkeit des Gerichts und der Unzulässigkeit des Rechtswegs (§ 528 Abs. 3 Nr. 2). Daß in allen übrigen Fällen — insbesondere im Falle der Gesetzesverletzung bei Feststellung des Sachverhältnisses — der Rechtsstreit in die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden muß, folgt aus der durch die allgemeine Natur des Rechtsmittels begründeten Vorschrift des § 524, wonach für die Entscheidung des Revisionsgerichts vorbehaltlich der dort geregelten Ausnahmen die in erster Instanz gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sind. Das Berufungsgericht ist an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, gebunden (§ 528 Abs. 2).

Digitized by Google

Bei dieser selbständigen Konstruktion des Rechtsmittels dient dessen Vergleichung mit anderen, in dem geltenden Prozeßrechte geordneten oder von Entwürfen vorgeschlagenen Rechtsmitteln nicht zur Klarstellung der Sachlage. Will man überhaupt durch Vergleichung argumentieren, so bezeichnet man die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung."

2. Revisionsgericht ist das Reichsgericht (GVG. § 135 Nr. 1). Vgl. jedoch EG. z. GVG. § 8 und EG. z. CPrO. § 7 (bay. ob. Landesgericht). Wegen der Entscheidungen der vereinigten Civilsenate und des Plenums s. RG. v. 17. März 1886, betr. die Abänderung d. § 137 des GVG. (RGBl. S. 61); dazu Schultzenstein Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 88 ff. Die Geschäftsordnung des RG. s. Centr.Bl. f. d. DR. 1886 S. 300 und Ztschr. f. d. CPr. X S. 442 ff.

3. Die Gerichtsgebühren erhöhen sich in der Revisionsinstanz um die Hälfte (GKG. § 49 Abs. 1), die Anwaltsgebühren um $^3/_{10}$ (GO. f. RA. § 52).

4. Litteratur: v. Kries Rechtsmittel S. 295 ff., Stahl z. L. v. d. Revision Goltdamers Arch. 1876 S. 169 und Arch. f. c. Pr. LXVII S. 94 ff., Fels Revision und Sonderrecht (1884), Rocholl die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen Ztschr. f. d. CPr. X S. 285 ff.

§ 507.

Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile statt.

Mot. S. 41 ff., 313—316. KPr. S. 247—262, 559, 607—622, 708—707.

1. Bem. Nr. 1 zu § 472 findet hierher entsprechende Anwendung. Zu den sub. litt. c angeführten Urteilen tritt noch das Urteil nach § 502 hinzu. — Revision ist unzulässig gegen ein Urteil, das sich nur der Form, nicht dem Inhalte nach, als Endurteil darstellt [RG. 11. Mai 1880 Entsch. I Nr. 154 S. 429]. Revision ist zulässig gegen das nach § 821 von einem Oberlandesgerichte in erster Instanz erlassene Urteil, wodurch ein Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung erlassen oder das Gesuch darum abgewiesen wird [RG. 6. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 123 S. 430, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 61. AM. Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 296].

2. Wer zur Revision berechtigt und wem gegenüber Revision möglich ist, ergiebt sich aus entsprechender Anwendung der Bem. Nr. 2, 3 zu 472. Wegen Einlegung durch Bevollmächtigte vgl. Bem. Nr. 4 zu § 472.

§ 508.

In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von fünfzehnhundert Mark übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt.

In betreff des Werts des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.

Der Revisionskläger hat diesen Wert glaubhaft zu machen. Der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ist ausgeschlossen.

KPr. S. 248—262, 559, 607—622, 708—707.

1. Die Beschränkung der Revision durch das Erfordernis einer Revisionssumme war den Entwürfen fremd. Nach Entw. III sollte die Revision, wenn das Oberlandesgericht abgeändert hatte, also bei sententiae difformes, ohne Revisionssumme gestattet, bei übereinstimmenden Urteilen der Vorinstanzen (duae conformes) aber schlechthin versagt sein. Nach eingehender Beratung beschloß die JK. d. RT. die schließlich auch von den verbündeten Regierungen acceptierte Änderung, wodurch die Beschränkung des Rechtsmittels

Digitized by Google

auf sententiae difformes aufgegeben und dafür die Beschränkung durch eine Revisionssumme eingeführt wurde.

2. Über den Begriff „vermögensrechtliche Ansprüche" s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Natürlich sind Feststellungsklagen, die sich auf Vermögensrechtsverhältnisse beziehen, vermögensrechtliche Ansprüche. Über deren Schätzung vgl. Bem. Nr. 7 zu § 231. Ist ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch (z. B. eine Klage auf Feststellung des Status) für einen vermögensrechtlichen (z. B. einen Anspruch auf Alimentation) präjudiziell, und sind beide Ansprüche Gegenstand des Rechtsstreits, so ist die Revisionssumme erforderlich, wenn nur die Entscheidung über den vermögensrechtlichen Anspruch (im Beispiele: über die Alimentenforderung) Gegenstand der Beschwerde ist. Wird aber die Beschwerde gegen die Entscheidung des Präjudizialpunktes gerichtet, so ist die Beschwerde auch bezüglich des vermögensrechtlichen Streitpunktes von der Revisionssumme befreit.

3. a) Die Revisionssumme berechnet sich nach dem Werte des Beschwerdegegenstandes (summa gravaminis). Beschwerdegegenstand ist der Streitgegenstand, der durch die Revisionsanträge berührt wird. Der Beschwerdegegenstand kann nie größer sein als der Streitgegenstand, über den das Berufungsgericht von den Anträgen des Revisionsklägers abweichend entschieden hat; er kann ebenso groß, er kann kleiner sein [vgl. Schwalbach Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 174 ff., Wach I S. 378. Unrichtig Schwalbach in Arch. f. c. Pr. LXIV S. 280 N. 34]. Der Beschwerdegegenstand muß nicht identisch mit dem Streitgegenstande der Berufungsinstanz sein; auch nicht mit dem Streitgegenstande, bezüglich dessen der Revisionskläger in der Berufungsinstanz unterlegen ist. Z. B. A klagt gegen B auf 3000 ℳ. Das Berufungsgericht verurteilt den B zu 1500 und weist im übrigen die Klage ab; Streitgegenstand waren 3000 ℳ, aber die Revisionssumme fehlt. Verurteilt das Berufungsgericht den B zu 1499 ℳ, so ist für den Kläger Revision möglich, wenn er sich durch die Abweisung der ganzen 1501 ℳ beschwert glaubt; nicht aber, wenn er nur bezüglich 1500 ℳ eine Änderung beantragt. Mit der Berechnung der summa gravaminis, die das frühere gemeine Prozeßrecht für die Appellation forderte [s. Wetzell Syst. § 54 bei N. 44 ff. u. Pfeiffer prakt. Ausführ. VI 4 S. 211—636], stimmt die Berechnung der Revisionssumme annähernd, aber doch nicht ganz überein. Die summa gravaminis des früheren Rechts konnte nach der herrschenden Ansicht größer sein, als der Streitgegenstand, wenn der thatsächliche Einfluß des rechtskräftigen Urteils über die abgeurteilte Sache hinausreichte [s. Wetzell Syst. S. 714 f.]; die Revisionssumme kann dagegen nicht größer sein als der Streitgegenstand.

b) Hat der Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung einen Antrag gestellt, wonach die Revisionssumme vorhanden ist, später aber den Antrag beschränkt, so daß die Revisionssumme mangelt, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen, selbst wenn vorher unter Zugrundelegung des früheren Antrags durch Zwischenurteil das Vorhandensein der Revisionssumme festgestellt wäre [v. Kries Rechtsmittel S. 314]. Aber die Revision wird nicht dadurch unzulässig, daß der Revisionsbeklagte nach Zustellung der Revisionsschrift durch teilweisen Verzicht oder teilweises Anerkenntnis oder Teilzahlung den Revisionsgegenstand unter die Revisionssumme herabdrückt [RG. 12. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 107 S. 387, vgl. a. XV S. 407]. Hat der Revisionskläger in der Verhandlung einen Antrag gestellt, wonach die Revisionssumme fehlt, so ist nicht etwa um der Möglichkeit einer späteren Erweiterung willen die Verhandlung fortzusetzen, sondern die Revision abzuweisen. Wurde mit einem primären Revisionsantrage, bei dem die Revisionssumme vorhanden ist, ein eventueller verbunden, bei dem die Revisionssumme fehlt, so ist nach Verwerfung des primären Antrags auf den Eventualantrag einzugehen, nicht die Revision als unzulässig zu verwerfen [RG. 9. Juli 1880 SA. XXXVII S. 269].

Digitized by Google

c) Ist in einem Prozesse mehrerer Streitgenossen, auf die der § 59 nicht anwendbar ist, die Revision nur von einem Streitgenossen ergriffen, so ist die Revisionssumme nur aus dem auf ihn treffenden Teile zu berechnen [RG. 31. Jan. 1883 Entsch. X Nr. 102 S. 343, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 145]. — Bei Revision gegen Teilurteile ist die Revisionssumme nur nach dem Inhalte des Teilurteils und der darauf bezüglichen Beschwerde zu berechnen. Die in dem Teilurteile nicht erledigten Ansprüche oder Teile von Ansprüchen kommen nicht in Betracht. Hieraus ergiebt sich, daß unter Umständen durch Teilurteile die Revisibilität verhindert werden kann. Auch wenn die Revision gegen mehrere Teilurteile gleichzeitig eingelegt wird, muß für jede Revision die Revisionssumme gesondert vorhanden sein [RG. 3. März 1885 Entsch. XIII Nr. 90 S. 352, 14. Dez. 1886 XVII Nr. 11 S. 47, 2. Okt. 1889 SA. XLV Nr. 146]. Ist in dem Urteile des Berufungsgerichts über den Grund des Anspruchs (§ 276) und zugleich über einen Teil des Anspruchs dem Betrage nach entschieden und die Revisionssumme bezüglich der Entscheidung über den Grund des Anspruchs gegeben, so ist die Revision auch in Bezug auf die Entscheidung über den Betrag zulässig, ohne daß hier die Revisionssumme vorhanden ist [RG. 7. April 1888 SA. XLIV Nr. 66].

4. Aus der Anwendbarkeit der §§ 3—9 folgt die entsprechende Verwendbarkeit der Bemerkungen zu den §§ 3—9 und der dort cit. Entscheidungen. Einzelnes: a) Zur Anwendung des § 3: Das Revisionsgericht ist nicht an die Wertsfestsetzung der Untergerichte gebunden [RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 29 S. 96]. — Der Wert des den Streitgegenstand bildenden Kaufobjekts, nicht der möglicherweise davon verschiedene Kaufpreis, ist bei Berechnung der Rev.Summe zu Grunde zu legen [RG. 25. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 121 S. 419]. — Der durch Einrede ohne Widerklage geltend gemachte Anspruch ist bei Berechnung der Rev.Summe nicht zu berücksichtigen [RG. 9. Febr. 1881 Entsch. IV Nr. 96 S. 356]. — Ist auf Herausgabe eines ungültigerweise verpfändeten Hypothekenbriefs geklagt, so wird nach Ausscheidung des Streits über die Ungültigkeit der Verpfändung des Briefs der Streitgegenstand durch den Wert des Hypothekenbriefs bestimmt; dieser ist nach dem Interesse des Hypothekengläubigers an der Vollegitimation zur Verfügung über seine Forderung zu schätzen [RG. 26. Nov. 1881 SA. XXXIX Nr. 63]. — Wegen Berechnung der Beschwerdesumme bei einer zum Zwecke der Erwirkung eines Erbenzeugnisses erhobenen Präjudizialklage s. RG. Entsch. XII Nr. 38 S. 161. — Der Wert des Streitgegenstandes in dem einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren ist nach freiem Ermessen zu bestimmen; er muß nicht gleich dem Werte der Hauptsache sein [RG. 11. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 130 S. 434, 13. Mai 1886 XVI Nr. 75 S. 333, 10. Dez. 1888 Entsch. XX Nr. 88 S. 425, 17. März 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1166, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 123]. b) Zur Anwendung des § 4: Soweit zum Zwecke der Berechnung der Revisionssumme der Wert des Streitgegenstandes zu schätzen ist, entscheidet der Zeitpunkt der Klagerhebung, nicht der Revisionseinlegung [RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 100 S. 388, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIII S. 171]. — Der erste Satz des § 4 bezieht sich nicht auf den Fall, daß nicht der Wert des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst im Laufe des Rechtsstreits sich verändert hat (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 4); eine solche Veränderung ist bei der Berechnung der Revisionssumme in Betracht zu ziehen [RG. 2. Juli 1884 Entsch. XV Nr. 17 S. 75, 2. Febr. 1886 XV Nr. 113 S. 407; vgl. a. Entsch. XXIII S. 359]. — Zinsen und Kosten bleiben unberücksichtigt bei der Revision gegen ein Urteil, das den Kläger zur Rückerstattung der auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils beigetriebenen Hauptsache, Zinsen und Kosten verurteilt [RG. 10. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 117 S. 411]. — Die vom Kläger für sich beanspruchte

Digitized by Google

Provision wird nicht berücksichtigt [RG. 23. Juni 1894 Entsch. XXXII Nr. 108 S. 408]. — Gegen ein Urteil, das nach Erledigung der Hauptforderung durch Vergleich, Zahlung oder rechtskräftiges Urteil nur noch über Früchte, Nutzungen, Zinsen ꝛc. entscheidet, ist Revision zulässig, wenn die frühere Nebenforderung, die durch den Wegfall der Hauptforderung jetzt selbst zur Hauptforderung geworden ist, allein oder in Zusammenrechnung mit einer anderen Hauptforderung 1500 ℳ übersteigt. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 75 bei N. 30, RG. 28. Okt. 1883 Entsch. IX Nr. 119 S. 415, 19. März 1888 SA. XLIII Nr. 308. Abw. ältere Aufl. dieses Komm., Förster N. 6 litt. b, Hellmann Lehrb. S. 718, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 297, RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 100 S. 388 in Bezug auf während des Prozesses erwachsene Prozeßzinsen und bay. ob. LG. SA. XLV Nr. 145 in Bezug auf Zusammenrechnung der Zinsen eines während des Prozesses gezahlten Teilbetrags mit dem restigen Kapitalbetrage.] Anders liegt die Sache, wenn das Urteil des Oberlandesgerichts auch über die Hauptsache entschieden hatte. In diesem Falle können die Nebenforderungen bei der Revision nicht als Hauptforderung in Betracht kommen; daher kann die Entscheidung über die Nebenforderungen, auch wenn diese 1500 ℳ übersteigen, nicht selbständig durch Revision angefochten werden [vgl. Wilm. Levy N. 3, bay. ob. LG. SA. XLII Nr. 74]. — Ist das Bestehen des ius offerendi streitig, so ist bei Berechnung der Revisionssumme nicht bloß der Kapitalbetrag der Hypothek, auf die das Eintrittsrecht geltend gemacht wird, sondern es sind auch die erwachsenen Zinsen und Kosten anzusetzen [RG. 8. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 64 S. 260]. — Wegen Einrechnung von Futterkosten bei der Wandelungsklage s. Bem. Nr. 4 litt. d zu § 4. c) Zur Anwendung des § 5: Sind mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche vom Berufungsgerichte in einem Urteile abgeurteilt und bezieht sich die Revision auf mehrere dieser Ansprüche, so sind Beschwerdegegenstände zusammen zu rechnen, ohne daß es auf rechtlichen Zusammenhang der Ansprüche oder auf Gleichartigkeit der Beschwerdegründe ankommt. Dies gilt auch, wenn mehrere Streitgenossen gegen dasselbe Urteil die Revision einlegten [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LI S. 172]. Zusammenzurechnen sind ferner die Beschwerdegegenstände, wenn die Revision gegen das einheitliche Urteil die Klage und die Widerklage betrifft; denn die mehreren Revisionsbeschwerden, von denen eine auf die Klage, die andere auf die Widerklage Bezug hat, verhalten sich zu einander wie mehrere auf verschiedene Ansprüche bezügliche Klaganträge, nicht wie Klage und Widerklage. Wie nach § 5 die Gegenstände verbundener Klaganträge, so sind bei entsprechender Anwendung des § 5 die Gegenstände verbundener Revisionsanträge zusammenzurechnen. Daher ist nicht bloß eine Revision in Bezug auf die Widerklage bei einem Beschwerdegegenstande von nicht über 1500 ℳ zulässig, wenn die damit verbundene auf die Klage bezügliche Revision einen Beschwerdegegenstand von über 1500 ℳ hat, und umgekehrt [RG. 20. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 93 S. 315], sondern auch, wenn mehr als 1500 ℳ nur durch Zusammenrechnen der Beschwerdegegenstände der auf die Klage und die Widerklage bezüglichen Anträge herauskommen. [Vgl. Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 76 bei N. 35, Endemann II S. 488, Kries Rechtsm. S. 315; RG. verein. CS. 29. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 117 S. 385, 23. Febr. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 1170. Abw. ältere Aufl. dieses Komm. sowie Puchelt I S. 107, Hellmann Komm. II S. 436 und Lehrb. S. 719, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 156 N. 202, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 297 und das in Entsch. VII S. 383 cit. U. d. RG. Dieselbe Kontroverse bestand im früheren gem. Recht in Bezug auf die summa appellabilis; für Zusammenrechnung: Wetzell Syst. S. 711 ff., 848, SA. XIX Nr. 205; dagegen: Linde Lehrb. § 403 Anm., Schmid Handb. III S. 383, Renaud Lehrb. S. 536, Planck Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten S. 306 ff., SA. XVII Nr. 190.] Erweist sich die Revision in Bezug

Digitized by Google

auf einen der mehreren Ansprüche als unbegründet, so hört deswegen die Revision in Bezug auf den anderen Anspruch nicht auf, zulässig zu sein. — Die entsprechende Anwendung des in § 5 enthaltenen Verbots der Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage ergiebt, daß der Gegenstand der Revisionsbeschwerde und der Anschlußrevisionsbeschwerde ebensowenig zusammengerechnet wird, wie der Gegenstand zweier selbständiger gegen dasselbe Urteil eingelegter Revisionen. Es wird also eine Revision, deren Beschwerdegegenstand 1500 ℳ nicht übersteigt, nicht dadurch zulässig, daß der Beschwerdegegenstand der (unselbständigen) Anschlußrevision allein oder zu dem Beschwerdegegenstande der Revision addiert die Revisionssumme ergiebt [RG. Entsch. VII S. 315]. Die Anschlußrevision bedarf nicht der Revisionssumme; s. Bem. Nr. 2 zu § 518. d) Zur Anwendung des § 6: Ist ein Retentionsrecht unter den Parteien streitig, so ist die zurückbehaltene Leistung und nicht die an Wert geringere Leistung, wegen deren das Retentionsrecht ausgeübt werden soll, Beschwerdegegenstand; § 6 ist nicht anwendbar [RG. 7. April 1883 Entsch. XII Nr. 36 S. 155]. — Wird die Herausgabe einer Kaution verlangt, die der Beklagte wegen einer Forderung an den Kläger verweigert, für die die Kaution haften würde, so ist § 6 anwendbar [RG. 19. Apr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 92 S. 386]. e) Zur Anwendung des § 7: Ist eine Grunddienstbarkeit ab- oder zuerkannt, so ist bei Berechnung der Revisionssumme der Wert der Dienstbarkeit vom Standpunkte des herrschenden wie des dienenden Grundstücks aus zu schätzen und das höhere der Schätzungsergebnisse zu Grunde zu legen. [AM. RG. 29. Dez. 1885 Entsch. XVI Nr. 81 S. 342 ff., wonach die Wertsberechnung einseitig vom Standpunkte des Revisionsklägers stattfinden soll. Das Urteil geht von dem richtigen Satze aus, daß für den Beschwerdegegenstand das Interesse des Revisionsklägers maßgebend ist. Daraus folgt aber nicht, daß der Wert der Servitut trotz dem § 7 einseitig zu taxieren sei.] f) Zur Anwendung des § 9: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 9 und die dort cit. Entscheidungen des RG.

5. Wegen Angabe des Werts des Beschwerdegegenstandes in der Revisionsschrift s. § 516 Abs. 3. Der Revisionskläger hat in der mündlichen Verhandlung den Wert des Beschwerdegegenstandes glaubhaft zu machen. Für die Glaubhaftmachung gelten die Regeln des § 266 mit der Modifikation, daß die eidliche Versicherung ausgeschlossen ist. Der Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen, die nicht zur Stelle sind, ist zur Glaubhaftmachung nicht zulässig [RG. 7. Juni 1882 Entsch. X Nr. 95 S. 322]. Das Revisionsgericht kann von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins oder die Begutachtung durch Sachverständige anordnen (§ 3); dabei ist das Gericht nicht auf sofortige Beweisaufnahme beschränkt. Da die Zulässigkeit der Revision von der Revisionssumme abhängt und von Amtswegen zu prüfen ist (§§ 497, 529), kann der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht durch Geständnis des Revisionsbeklagten der Prüfung des Revisionsgerichts entzogen werden; [RG. 28. März 1882 SA. XXXVIII Nr. 359], vgl. Bem. Nr. 8 zu § 261; auch das fingierte Geständnis (§§ 129, 296) schließt die Prüfung nicht aus.

§ 509.

Ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes findet die Revision statt:

1) **insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt;**
2) **in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind.**

Mot. S. 315, 316. KPr. S. 247—262, 559, 607—622, 703—707, 743—745.

Digitized by Google

1. Zu Nr. 1: „Unzuständigkeit des Gerichts" — sowohl sachliche als örtliche, vgl. Bem. vor § 1 a. E. — „Unzulässigkeit des Rechtswegs" s. § 247 Nr. 2 und Bem. Nr. 5 zu § 247. Auch wenn es sich um die Zulässigkeit des Rechtswegs handelt, kann die Revision nur auf Verletzung revisiblen Rechts im Sinne des § 511 gestützt werden [RG. 6. März 1891 SA. XLVII Nr. 170]. — „Unzulässigkeit der Berufung" s. § 497. Auch wenn die Berufung als wirkungslos deswegen verworfen wurde, weil sie während der Unterbrechung des Verfahrens eingelegt sei, ist § 509 Nr. 1 anwendbar [RG. 11. Okt./5. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 90 S. 350 bes. S. 356.] Die Revision ist von dem Erfordernisse der Revisionssumme befreit, sowohl wenn das Untergericht die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung bejaht hat und der Revisionskläger die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung bestreitet, wie auch dann, wenn das Untergericht die Zuständigkeit oder die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung verneint hat und der Revisionskläger die Zuständigkeit, die Zulässigkeit des Rechtswegs oder der Berufung behauptet [RG. 26. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 122 S. 424, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 315 u. SA. L Nr. 58], einerlei, ob das Berufungsgericht das erstinstanzielle Urteil bestätigt oder abgeändert hat [RG. a. a. O. S. 423]; ebenso dann, wenn ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist vom Berufungsgerichte bewilligt oder abgewiesen wurde [RG. 11. Juli 1892 Entsch. XXX Nr. 102 S. 407]. Wird die Revisionsbeschwerde, die sich auf die angeführten Punkte bezieht, vom Revisionsgerichte für unbegründet erachtet, so ist auf andere Beschwerden nur einzugehen, wenn der Beschwerdegegenstand den Betrag von 1500 ℳ übersteigt [RG. 26. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 122 S. 423, 9. Dez. 1881 VI Nr. 94 S. 336, 13. Okt. 1888 SA. XLIV Nr. 225]. Wird die Revisionsbeschwerde, die sich auf die angeführten Punkte bezieht, als begründet erachtet, so muß das Revisionsgericht das Urteil aufheben und die Sache zurückverweisen oder im Falle des § 528 Abs. 3 Nr. 2 in der Sache selbst entscheiden. Auf den Fall, daß der Einspruch gegen ein Urteil des Berufungsgerichts als unzulässig verworfen wurde, bezieht sich der § 509 nicht [RG. 15. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 1121].

2. Zu Nr. 2: Die in Betracht kommenden Rechtsstreitigkeiten sind aus GVG. § 70 Abs. 2 und aus den auf Grund des Abs. 3 des § 70 des GVG. ergangenen Landesgesetzen, aus HGB. Art. 190a, 222 in der Fassung des RGes. v. 18. Juli 1884 [dazu RG. 24. März 1887 SA. XLII Nr. 311] und aus den in Bem. Nr. 3 zu § 1 cit. Spezialgesetzen zu ersehen. Die Anwendbarkeit des § 509 Nr. 2 kam in Frage in den Entsch. d. RG. XXIX Nr. 58 S. 237, Nr. 113 S. 420, XXXII Nr. 31 S. 119, XXXIII Nr. 94 S. 372, Nr. 109 S. 409. — Ob eine derartige Rechtsstreitigkeit vorliegt, hat das Revisionsgericht selbständig zu prüfen, auch wenn das Amtsgericht sich rechtskräftig für unzuständig erklärt und dadurch gemäß § 11 das Landgericht gebunden hat, seine Zuständigkeit anzunehmen [RG. 15. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 96 S. 381].

§ 510.

Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzes unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

Mot. S. 314. KPr. S. 262, 559.

Vgl. § 473. Die Bemerkungen zu § 473 finden hierher entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

§ 511.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt, beruhe.

Mot. S. 316—322. KPr. S. 247—263, 559.

1. Die Revision kann nur auf eine **Gesetzesverletzung** gestützt werden.

Die Motive bemerken: „Die Thätigkeit des Revisionsgerichts soll grundsätzlich auf erneute rechtliche Würdigung der Sache beschränkt sein, in dieser Beschränkung aber die ganze Sache frei umfassen. Sie kann danach zu einer Änderung des angefochtenen Urteils nur führen, wenn der Richter zweiter Instanz sich der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm oder der Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm — in der Sprache der PrO. einer Verletzung des Gesetzes — schuldig gemacht hat. Durch Aufstellung dieser Voraussetzung ist nichts weiter, als die rein thatsächliche Würdigung des Vorbringens der Parteien und der erbrachten Beweise von der Thätigkeit des Revisionsrichters ausgeschlossen. Diese Würdigung ist dem Richter zweiter Instanz ausschließlich überlassen, demgemäß das von diesem festgestellte Resultat der Würdigung für die Revisionsinstanz maßgebend. Insoweit jedoch dieses Resultat durch die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm oder durch die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm gewonnen ist, unterliegt es der Anfechtung durch die Revision — und die darauf gegründete Entscheidung der Aufhebung durch das Revisionsgericht."

2. Die Revision kann nur auf eine **für die Entscheidung kausale** Gesetzesverletzung gestützt werden.

Die Motive bemerken: „Der Erfolg des Rechtsmittels bleibt davon abhängig, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, d. h. daß ohne die begangene Gesetzesverletzung die Entscheidung nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung begangene Verletzung des Gesetzes kann den Erfolg der Revision begründen. Die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm ist im allerweitesten Sinne eine Gesetzesverletzung. Es ist nicht erforderlich, daß die Norm in den Entscheidungsgründen als nicht zutreffend bezeichnet ist; sie ist verletzt, wenn sie auf das festgestellte Sachverhältnis hätte angewandt werden müssen. Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm auf das festgestellte Sachverhältnis sind andererseits zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn andere thatsächliche oder rechtliche Gründe aus dem festgestellten Sachverhältnisse zu derselben Entscheidung geführt haben würden. Ebenso ist die Verletzung einer Rechtsnorm bei Feststellung des Sachverhältnisses für die Begründung der Revision unerheblich, wenn das nicht zu berichtigende Sachverhältnis bei Anwendung der zutreffenden Rechtsnorm zu einer anderen als der erlassenen Entscheidung nicht geführt haben würde. Hiernach kann nur eine Würdigung der ganzen Sache, wie sie von den Parteien vorgetragen ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen (§ 526)."

Die Revision kann nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden, die in der Berufungsinstanz vorkam. Wenn das Berufungsgericht eine in erster Instanz vorgenommene, dem Gesetze nicht entsprechende Prozedur, z. B. eine Beweiserhebung, als Unterlage seiner eigenen Entscheidung benutzte, so hat auch das Berufungsgericht das Gesetz verletzt und diese Verletzung begründet die Revision. Abgesehen von solcher Verwertung eines gesetzwidrigen Verfahrens deckt die neue Verhandlung in der Berufungsinstanz etwaige Mängel des erstinstanziellen Verfahrens. Daher kann z. B. die Revision nicht darauf gestützt werden, daß das Urteil erster Instanz von anderen als den nach § 280 dazu berufenen Richtern gefällt wurde, wenn das Berufungsgericht über die Sache aufs neue verhandelt und entschieden hat [RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 194].

3. Die Revision kann nur gestützt werden auf Verletzung I) eines **Reichs-**

Digitized by Google

gesetzes, II) eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

Ad I: Reichsgesetz ist die von Reichswegen erlassene Rechtsnorm (Gesetz oder Kaiserliche Verordnung auf Grund Reichsgesetzes), einerlei, ob sie für das ganze Reichsgebiet oder für einzelne Teile des Reichs gilt. Auch die Gesetze des ehemaligen nordd. Bundes gehören dazu, selbst wenn sie in einzelnen Staaten nicht eingeführt sind. — Die von Reichswegen für Elsaß-Lothringen erlassenen, nicht innerhalb der allgemeinen Reichszuständigkeit begriffenen Gesetze sind keine Reichsgesetze im Sinne des § 511; diese Gesetze sind nicht im Reichsgesetzblatte, sondern nur im Gesetzblatte für Elsaß-Lothringen publiziert (KPr. S. 263). — Ein Reichsgesetz ist verletzt, wenn die Annahme des Berufungsgerichts über den Inhalt der einschlägigen Landesgesetze oder über die Einhaltung der reichsgesetzlich der Landesgesetzgebung gezogenen Schranken auf einer unrichtigen Auslegung von Reichsgesetzen beruht [RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 94].

Ad II: Litteratur: Eccius die Revisionsinstanz und das Landesrecht Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 20 ff., Reuling revisible und nicht revisible Rechtsnormen (1880), Fels Revision und Sonderrecht (1884).

Zu § 511 ist auf Grund des EG. § 6 folgende **Kaiserliche Verordnung** ergangen:

Verordnung, betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Vom 28. Sept. 1879 (RGBl. S. 299). Genehmigung des Reichstags s. Bekanntm. v. 11. April 1880 (RGBl. S. 162).

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen auf Grund des § 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats, was folgt:

§ 1.

Die Revision kann vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen dieser Verordnung auf die Verletzung anderer Gesetze als derjenigen des gemeinen oder französischen Rechts nur gestützt werden, wenn dieselben über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus für den ganzen Umfang mindestens zweier deutschen Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaates Geltung erlangt haben

§ 2.

Verletzung der Gesetze des gemeinen Rechts und der Gesetze des französischen Rechts, soweit letztere in anderen deutschen Ländern außer Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben, begründet die Revision, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

§ 3.*)

[Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung von Gesetzen des Lehnrechts.]

§ 4.

Die Revision kann nicht gestützt werden auf die Verletzung der französischen Gesetze über das Enregistrement, den Stempel, die Hypotheken-, Transskriptions- und Gerichtsschreibergebühren, sowie ähnliche Gefälle welche durch die Enregistrementsverwaltung zu erheben sind.

§ 5.

Die Revision kann auf die Verletzung derjenigen in der Mark Brandenburg geltenden Gesetze, welche durch das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 als Vorschriften der bisherigen subsidiarischen Rechte aufrecht erhalten sind, nicht gestützt werden.

§ 6.

Soweit über die Revision vom Königlich bayerischen obersten Landesgerichte zu entscheiden ist, findet die Bestimmung des § 1 nicht Anwendung. Auf die Verletzung von Gesetzen

1. des Koburger Landrechts,
2. des Rechts des Bistums Fulda,
3. des Gräflich Erbachschen Landrechts,
4. des Rechts der Grafschaft Solms,
5. des Rechts des Fürstentums Löwenstein

kann die Revision nicht gestützt werden.

§ 7.

Die Revision wird begründet durch Verletzung des badischen Landrechts, einschließlich der Zusatzartikel, der beiden Einführungsedikte vom 3. Februar und 22. Dezember 1809 und der unter XVIII des ersteren Einführungsedikts neben dem Landrecht aufrecht erhaltenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

*) Gilt nicht mehr, da der Reichstag am 10. April 1880 die Genehmigung versagte.

Digitized by Google

sowie durch Verletzung derjenigen gesetzlichen Vorschriften, welche bestimmte Vorschriften der vorgedachten Gesetze ausdrücklich erläutern, ausdehnen, beschränken, aufheben oder ersetzen,

endlich, soweit nicht schon die vorstehenden Bestimmungen Anwendung finden, durch Verletzung folgender Großherzoglich badischer Gesetze:

1. des Gesetzes vom 6. März 1845, betreffend die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen,
2. der Artikel 2, 3, 5 bis 8 des Gesetzes vom 6. August 1862, betreffend die Einführung des Deutschen Handelsgesetzbuchs,
3. des Gesetzes vom 9. Dezember 1875 zum Vollzug des Reichs-Personenstandsgesetzes,
4. der Artikel 3, 4, 6—11, 84, 92 des Gesetzes vom 25. August 1876, betreffend die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer,
5. des Gesetzes vom 6. Februar 1879, betreffend die Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Notariats.

Die vorstehenden Bestimmungen finden nicht Anwendung, soweit die bezeichneten Gesetze am 1. Oktober 1879 außer Kraft getreten sind.

§ 8.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich hessischen Gesetze:

1. der Verordnung vom 28. August 1827, die vormundschaftlichen Verhältnisse in der Provinz Rheinhessen betreffend,
2. der Artikel 9 bis 11 des Gesetzes vom 17. September 1841, betreffend Einführung des Strafgesetzbuchs und des § 9 des Gesetzes vom 30. Dezember 1870, betreffend Einführung des Reichs-Strafgesetzbuchs,
3. des Gesetzes vom 6. Juni 1849, betreffend die Vereinfachung des Verfahrens bei der Eröffnung von Erbschaften, Teilungen, Versteigerungen, Rangordnungs- und Distributionssachen in Rheinhessen.

§ 9.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der folgenden Großherzoglich oldenburgischen Gesetze:

1. des revidierten Staatsgrundgesetzes vom 22. November 1852,
2. des revidierten Civilstaatsdienergesetzes vom 28. März 1867,
3. des für das Herzogtum Oldenburg erlassenen Gesetzes vom 3. April 1876, betreffend Eigentumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, sowie der für dasselbe Gebiet erlassenen Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 10.

Die Revision wird begründet durch Verletzung des Herzoglich braunschweigischen Gesetzes vom 8. März 1878, betreffend den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten und der Grundbuchordnung von demselben Tage.

§ 11.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der §§ 30, 41 und 54 des hamburgischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865.

§ 12.

Die Revision wird begründet durch Verletzung der nachfolgenden in Elsaß-Lothringen geltenden Gesetze:

1. des Gesetzes vom 14. Juli 1819 über Aufhebung des droit d'aubaine (bulletin des lois VII. série No. 6986),
2. des Gesetzes vom 29. April 1845 über die Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 11951),
3. des Gesetzes vom 11. Juni 1847 über die Bewässerungen (bulletin des lois IX. série No. 13645),
4. des Gesetzes vom 10. Juni 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage (bulletin des lois XI. série No. 1555),
5. des Gesetzes vom 23. März 1855 über die Transskription (bulletin des lois XI. série No. 2474),
6. des Berggesetzes vom 16. Dezember 1873 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen S. 397).

§ 13.

Gesetz im Sinne dieser Verordnung ist jede Rechtsnorm.

Diese Verordnung wird ergänzt durch:

Reichsgesetz v. 15. März 1881 betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. S. 38):

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Den Landesgesetzen, deren Verletzung zufolge der §§ 7—12 der Verordnung vom 28. September 1879 (RGBl S. 299) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. Das Königlich württembergische Berggesetz vom 7. Oktober 1874 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg (S. 265);
2. das Großherzoglich hessische Berggesetz vom 28. Januar 1876 (Regierungsblatt S. 73);
3. das Herzoglich braunschweigische Berggesetz vom 15. April 1876 (Gesetz- und Verordnungs-Samml S. 109);
4. das Herzoglich sachsen-meiningensche Berggesetz vom 17. April 1868 (Sammlung der landesherrlichen Verordnungen S. 49);

Digitized by Google

5. das Herzoglich sachsen-altenburgische Berggesetz vom 18. April 1872 (Gesetz-Samml. S. 29);
6. das Herzoglich sachsen-koburg-gothaische Berggesetz für das Herzogtum Gotha vom 16. August 1868 (Gesetz-Samml. für das Herzogtum Gotha S. 975);
7. das Herzoglich anhaltische Berggesetz vom 30. April 1875 (Gesetz-Samml. Bd. 7 S. 167);
8. das Fürstlich waldeckische Gesetz, die Einführung des preußischen allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 betreffend, vom 1. Januar 1869 (Regierungsblätter S. 3);
9. das für das Fürstentum Reuß jüngerer Linie erlassene Berggesetz vom 8. Oktober 1870 (Gesetz-Samml. Bd. XVI S. 199);

ferner:

10. die Großherzoglich oldenburgischen Gesetze für das Fürstentum Lübeck, betreffend den Eigentumserwerb an Grundstücken und deren dingliche Belastung, vom 28. Januar 1879, und betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Fürstentum Lübeck Bd. 17 S. 87, 107);
11. die Herzoglich sachsen-koburg-gothaischen Gesetze, betreffend den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten, vom 1. März 1877, und betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Herzogtum Gotha S. 9, 23; Gesetzbl. für das Herzogtum Koburg S. 15, 35);

endlich:

12. die §§ 29, 30, 33, 40 und 46 des bremischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuch vom 6. Juni 1864 (Gesetzbl. S. 43) und der § 21 des bremischen Gesetzes, betreffend die Abänderung des vorgedachten Einführungsgesetzes vom 4. Juni 1879 (Gesetzbl. S. 183).

§ 2.

Die vorstehende Bestimmung findet in den zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes anhängigen Sachen keine Anwendung.

Reichsgesetz v. 24. Juni 1886, betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. S. 207):

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Den Landesgesetzen, deren Verletzung ungeachtet ihres beschränkten Geltungsbereichs zufolge der Verordnung vom 28. September 1879 (RGBl. S. 299) und des Gesetzes vom 15. März 1881 (RGBl. S. 38) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

1. Die Königlich preußische Verordnung, betreffend die Erhebung der Stempelsteuer in den Herzogtümern Schleswig und Holstein, vom 7. August 1867 (Gesetz-Samml. S. 1277);
2. Art. 2 des Königlich preußischen Gesetzes, betreffend das Sportel-, Stempel- und Taxwesen in den hohenzollernschen Landen, vom 22. Juni 1875 (Gesetz-Samml. S. 285).

und **Reichsgesetz** v. 30. März 1893, betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. S. 159).

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Den Landesgesetzen, deren Verletzung ungeachtet ihres beschränkten Geltungsbereiches zufolge der Verordnung vom 28. September 1879 (RGBl. S. 299) sowie der Gesetze vom 15. März 1881 (RGBl. S. 38) und vom 24. Juni 1886 (RGBl. S. 207) die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten begründet, treten hinzu:

I. die nachbezeichneten Großherzoglich oldenburgischen Gesetze für das Fürstentum Birkenfeld:
   1. das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke und Bergwerke vom 23. Mai 1891 und das Gesetz, betreffend die Grundbuchordnung, von demselben Tage (Gesetzbl. für das Fürstentum Birkenfeld Bd. 13 S. 61 und 78),
   2. das Berggesetz vom 18. März 1891 (Gesetzbl. für das Fürstentum Birkenfeld Bd. 13 S. 167);

II. die nachbezeichneten Gesetze für Elsaß-Lothringen:
   1. das Gesetz, betreffend die Haftbarkeit des Mieters oder Pächters für Brandschäden, vom 7. März 1881 (Gesetzbl. für Elsaß-Lothringen S. 11);
   2. das Gesetz, betreffend die Haftung der Brandversicherungsgelder für die Ansprüche bevorrechtigter Gläubiger, vom 4. Juli 1881 (Gesetzbl. f. Elsaß-Lothringen S. 91), mit Ausnahme des § 5 dieses Gesetzes,
   3. das Gesetz, betreffend Grundeigentum und Hypothekenwesen sowie die Notariatsgebühren, vom 24. Juli 1889 (Gesetzbl. f. Elsaß-Lothringen S. 69), mit Ausnahme des vierten Abschnitts dieses Gesetzes,
   4. das Gesetz, betreffend die Einrichtung von Grundbüchern, vom 22. Juni 1891 (Gesetzbl. f. Elsaß-Lothringen S. 41).

§ 2.

Die vorstehende Bestimmung findet in den zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes anhängigen Sachen keine Anwendung.

Hiernach ergeben sich folgende Regeln:

a) Die Revision kann nicht auf Verletzung des ausländischen, d. i. in keinem

Digitized by Google

deutschen Bundesstaate geltenden Gesetzes gestützt werden. [Mot. S. 322. Vgl. RG. 22. April 1882 Entsch. X Nr. 32 S. 115, 26. Sept. 1883 X Nr. 46 S. 172, 20. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 419, 15. Jan. 1892 Entsch. XXVIII Nr. 30 S. 141, 5. Mai 1892 XXIX Nr. 15 S. 49. Unrichtig Wernz Ztschr. f. R. und VR. III S. 379.]

b) Die Revision kann nicht gestützt werden auf Verletzung eines inländischen Gesetzes, das in dem Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat. [Mot. S. 322. Vgl. RG. 22. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 23 S. 89, 17. April 1882 VI Nr. 127 S. 413, 12. März 1883 VIII Nr. 21 S. 88.] Auch Rechtsnormen des gemeinen und des franz. Rechts sind trotz dem § 2 der Kais. Verordn. nur dann revisibel, wenn sie in dem Bezirke des Berufungsgerichts gelten. [Vgl. Denkschr. z. Kais. Verordn. v. 28. Sept. 1879, DRT. III. Sess. 1880 Nr. 34 S. 10, Bericht der VII. Komm. d. DRT. III. Sess. 1880 Nr. 72 S. 2; RG. 30. Nov. 1880 bei Fenner und Mecke III Nr. 79, 17. April 1882 Entsch. VI Nr. 127 S. 413, 12. März 1883 VIII Nr. 21 S. 88, bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 71. AM. Fels a. a. O. S. 72 und Hellmann Lehrb. S. 725, die annehmen, daß die Revisibilität der Rechtsnormen des gem. und des französischen Rechts unabhängig sei von deren Geltung im Bezirke des Berufungsgerichts. Aber in den cit. Schriftstücken des DRT. ist festgestellt, daß an dem Erfordernisse der Geltung im Bezirke des OLG. festzuhalten sei.] Nicht anders steht es mit den in §§ 7—12 der Kais. Verordn. und in den zusätzlichen Gesetzen für revisibel erklärten Gesetzen; auch diese sind nur dann revisibel, wenn sie im Bezirke des Berufungsgerichts Geltung haben [vgl. RG. 24. Mai 1892 Entsch. XXIX Nr. 34 S. 138 f.]. — Bestritten ist, ob die Revision gestützt werden kann auf Verletzung eines aufgehobenen inländischen Landesgesetzes, das früher in dem Bezirke des Oberlandesgerichts Geltung gehabt hat. [Für Zulässigkeit der Revision: Denkschr. z. Kais. Verordn. ꝛc. S. 11, Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 85 bei Nr. 34, Eccius a. a. O. S. 11, 12, 29, 36 f., v. Wilmowski Jur. Wochenschr. 1882 Nr. 20, 21, Fels a. a. O. S. 30, Hellmann Lehrb. S. 728 ff., vgl. a. RG. 1. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 112 S. 365: Revision wegen Verletzung von prozeßrechtl. Vorschriften, die zwar durch EG. z. CPrO. aufgehoben, aber gemäß § 18 dieses Ges. für ältere Prozesse noch anwendbar sind, wird in solchen Prozessen zugelassen; RG. 20. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 28 S. 116 f.: Revision wegen Verletzung aufgehobener konkursrechtlicher Vorschriften wird in einem vor dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse zugelassen; bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 249; vgl. a. RG. 11. Sept. 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1171. Dagegen RG. 22. November 1881 Entsch. V Nr. 120 S. 418 ff. Zweifelnd der Komm.Bericht S. 10]. Folgende Gründe dürften für die Zulässigkeit der Revision entscheiden. Nach dem Gesetzestexte ist die Revisibilität einer Rechtsnorm abhängig davon, daß diese Norm ihren „Geltungsbereich" in dem Gebiete des Berufungsgericht hat. „Geltungsbereich" bezeichnet sprachlich den örtlichen Umfang der Anwendbarkeit, die territoriale Herrschaft einer Rechtsnorm. Auf den zeitlichen Umfang paßt der Ausdruck „Bereich" nicht. Der Ausdruck „ein Gesetz gilt" heißt soviel wie „das Gesetz ist anwendbar"; auch aufgehobene Gesetze sind auf die unter ihrer Herrschaft entstandenen Rechtsverhältnisse anwendbar, „gelten" daher für diese noch fort. Sie sind revisibel, wenn sie vermöge ihrer territorialen Zugehörigkeit zum Bezirke des Oberlandesgerichts anwendbar sind — daher kann z. B. die Revision gegen ein U. d. OLG. Hamm gestützt werden auf Verletzung des code civil, wenn dieser vermöge seiner früheren Geltung in Westphalen auf ein damals entstandenes Rechtsverhältnis anwendbar ist — nicht aber, wenn der code civil nicht als territoriales Recht des Bezirks in Betracht kommt; es kann also die Revision gegen ein U. des OLG. Hamm nicht auf Verletzung des code civil gestützt werden, wenn das OLG. das franz. Recht auf ein im Bezirke des OLG. Köln entstandenes

Digitized by Google

und deswegen nach dem dort heute noch geltenden franz. Rechte zu beurteilendes Rechtsverhältnis angewendet hat. [AM. bezüglich des letzten Punktes Fels a. a. O. S. 42. Aber wenn aufgehobene Gesetze revisibel sind, weil sie territorial dem Bezirke des Berufungsgerichts angehören, so muß wohl auch für die Revisibilität in Betracht kommen, ob sie vermöge dieser ihrer territorialen Herrschaft anwendbar sind.]

c) Die Revision kann nicht gestützt werden auf Verletzung eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich zwar über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, aber nicht auf den ganzen Umfang mindestens zweier deutscher Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaates erstreckt (Kais. Verordn. § 1). Hierzu bemerkt die oben citierte dem Reichstage vorgelegte Denkschrift S. 9 f.:

„Für das Gebiet des ALR. fallen kraft einer solchen Bestimmung die von den Einf.-Patenten aufrecht erhaltenen Provinzialrechte Statuten, Gewohnheiten und Observanzen außerhalb der Judikatur des Reichsgerichts. Dasselbe gilt von den Stadtrechten, z. B. dem lübischen, magdeburgischen, brandenburg-stendaler, koburger Rechte, von den aus der vorpreußischen Zeit datierenden partikularen Gesetzen der gemeinrechtlichen preußischen Landesteile und im wesentlichen überhaupt von den Rechtsnormen, welche in den einzelnen Teilen eines Landes aus der Zeit ihrer Zugehörigkeit zu einem anderen Staate Geltung behalten haben. Insbesondere werden neben den Gesetzen kleinere Bezirke, die trotzdem in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken Geltung haben, die partikularen Rechtsnormen größerer Rechtsgebiete, wie das mainzer, das solmser, das erbacher und das pfälzer LR., die hennebergischen und katzenellenbogener Landesordnungen, die Gesetze der ehemaligen Bistümer Fulda, Münster und Osnabrück getroffen.

Bezüglich des sog. „gemeinen Sachsenrechtes" kann die Frage aufgeworfen werden, ob dasselbe nicht als ein Teil des gemeinen Rechts der Revision unterstellt ist. Wenn das zu verneinen, wird die Geltung dieses Rechts im ganzen Gebiete mehrerer zu verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken gehöriger thüringischer Staaten, in Teilen von Anhalt und in verschiedenen preußischen Provinzteilen nach der Fassung der Verordnung dahin führen, daß eine Verletzung dieser Gesetze geeignet ist, die Revision zu begründen."

In den UU. d. RG. v. 3. März 1887, cit. in Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1185, 15. Apr. 1887 eod. S. 1183, 20. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 72 S. 291 wird das in der Mark Brandenburg geltende eheliche Güterrecht als nicht revisibel behandelt.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen sei, daß ein Gesetz auch in einem anderen Bezirke Geltung habe, ist, nach folgenden Gesichtspunkten zu entscheiden. Zur Annahme der Identität ist nicht nötig, daß die ganze Gruppe von Rechtsnormen — Gesetz in diesem Sinne — wozu die konkrete Rechtsnorm gehört, in dem anderen Bezirke gelte; es genügt zur Revisibilität, wenn nur die konkrete Rechtsnorm, um deren Verletzung es sich handelt, den weiteren Geltungsbereich hat. [Vgl. § 2 der Kais. Verordn., Eccius a. a. O. S. 25.] Identität ist vorhanden, wenn die Herübernahme des in einem anderen Staate oder Rechtsgebiete bereits geltenden Gesetzes oder Rechtssatzes im formellen Anschlusse an das anderswo bestehende Gesetz erfolgt ist. In dem Gesetze, welches das anderswo geltende Recht einführte, muß also das anderswo geltende Recht als solches genannt und übernommen sein (z. B. das preuß. Gesetz v. . . . . wird hiermit für das Gebiet des Großherzogtums O. eingeführt). Die bloß materielle Übereinstimmung der Vorschriften zweier Gesetze macht diese noch nicht zu identischem im Sinne des § 511. [Vgl. Denkschr. z. Kais. Verordn. S. 15 ff., Eccius a. a. O. S. 26 ff., RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 361, 27. Febr. 1883 SA. XXXVIII Nr. 282, Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 304, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 86 bei N. 36. AM. Fels a. a. O. S. 24 ff., Hellmann Lehrb. S. 726.] Dieser Standpunkt ist einigermaßen formalistisch, denn gewiß unterbleibt manch-

Digitized by Google

mal nur aus Etiquetterücksichten die formelle Konstatierung des Anschlusses; aber er darf nicht verlassen werden, wenn man nicht jeden Halt verlieren will. Begnügt man sich mit inhaltlicher Konformität, so ist nicht abzusehen, warum bei formeller Übereinstimmung der Gesetzestexte Halt zu machen und nicht auch dann Identität anzunehmen wäre, wenn bei verschiedenartiger Formulierung die Rechtssätze übereinstimmen. Dann würde es aber kaum ein nicht revisibles Recht geben; denn inhaltlich hängt wohl jedes Partikularrecht entweder mit dem gemeinen Rechte oder mit einem anderen Partikularrechte zusammen. Die cit. Kais. Verordn. erklärt in § 9, 10 die oldenburgischen und braunschweigischen Immobiliargesetze für revisibel, die mit den betr. preuß. Gesetzen sachlich ganz übereinstimmen; ebenso in § 12 Nr. 3 das mit dem preuß. Berggesetz sachlich übereinstimmende Berggesetz für Elsaß-Lothringen. Daraus geht hervor, daß sie auf dem hier vertretenen Standpunkte steht, sonst wären diese Bestimmungen überflüssig. Folgegemäß sind auch partikularrechtlich kodifizierte Rechtssätze, die aus dem gem. Rechte stammen, nicht wegen ihrer Konformität mit dem gem. Rechte revisibel. [Vgl. die cit. Denkschr. S. 15, Eccius a. a. O. S. 25 ff., Rocholl a. a. O. S. 304. AM. Gaupp II S. 86 f. bei N. 46, 47, RG. 23. Juni 1881 Entsch. V Nr. 115 S. 405 in Bezug auf partikularrechtl. kodifizierte Sätze des gem. prot. Kirchenrechts.] Ebensowenig sind zwei partikularrechtl. kodifizierte Rechtsnormen, die beide dem gem. Rechte entstammen, deswegen identisch.

Die Regel ad litt. c erleidet Ausnahmen:

α) Auf Verletzung der Gesetze des gem. Rechts und der Gesetze des franz. Rechts, soweit letztere in anderen deutschen Ländern als in Elsaß-Lothringen Geltung erlangt haben, kann die Revision gestützt werden, auch wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt (Kais. Verordn. § 2). Das Reichsgericht ist dadurch der Aufgabe überhoben, bezüglich der einzelnen Rechtsnorm zu untersuchen, ob sie noch in anderen Oberlandesgerichten Geltung habe als im Bezirke des Berufungsgerichts. Das gem. Recht ist von der partikulären Gesetzgebung durchbrochen; bei einzelnen Bestimmungen des gem. Rechts könnte daher zweifelhaft sein, ob sie noch anderswo in Geltung stehen. Auch in den Landesteilen des franz. Rechts sind vielfach einzelne früher gemeinsame Bestimmungen der franz. Gesetze beseitigt und könnten somit Zweifel in der angedeuteten Richtung begründet sein (Denkschr. S. 10 f.). Diese Zweifel sind durch § 2 abgeschnitten. — Der Begriff „gemeines Recht" umfaßt die in Deutschland rezipierten Rechtsnormen römisch-italienischen Ursprungs samt ihren durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht eingetretenen Modifikationen, ferner die deutschen Reichsgesetze alten Stils, nicht minder auch die gemeinrechtlichen Normen germanischen Ursprungs (des sog. deutschen Privatrechts). [Vgl. RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 205, 5. April 1882 bei Fenner und Mecke III N. 189; ferner Fels a. a. O. S. 44, wo die versch. Ansichten darüber, inwieweit ein gem. deutsches Privatrecht existiere, zusammengestellt sind.] — Ob zu den Gesetzen des französischen Rechts, die auch außerhalb Elsaß-Lothringens Geltung erlangt haben und daher absolut revisibel sind, auch diejenigen zu rechnen sind, welche zu der Zeit in Geltung waren, als noch andere Gebiete des deutschen Reichs zu Frankreich gehörten, ist zweifelhaft. Das RG. 7. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 107 S. 357 hat dies speziell für Art. 412 des Code pénal bejaht, obwohl dieser Artikel zur Zeit nur in Elsaß-Lothringen gilt. — Von der Revisibilität des franz. Rechts sind wieder die in § 4 der Kais. Verordn. bezeichneten Gesetze ausgenommen.

β) Auf Verletzung der in § 5 der Kais. Verordn. bezeichneten Gesetze kann die Revision nicht begründet werden. Hierzu bemerkt die cit. Denkschrift S. 11 ff.:

Digitized by Google

„Die unter VII des Publ.Patents v. 5. Febr. 1794 angeordnete Suspension der drei ersten Titel des zweiten Teils des preuß. ALR. dauert noch gegenwärtig fort in der Mark Brandenburg. Dieselbe bezieht sich jedoch nicht auf sämtliche Vorschriften der bezeichneten Titel des ALR., sondern nur auf solche, welche das gerade Gegenteil eines klaren und unstreitig rezipiert gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten; andere Bestimmungen des ALR. sollten sogleich vom 1. Juni 1794 ab in die volle gesetzliche Kraft eintreten. Das hier noch in der Provinz Brandenburg subsidiär anzuwendende gem. Recht würde nach der Regel der §§ 1, 2 die Revision begründen und dies würde sich rechtfertigen, wenn es sich dabei in der That um das geltende gem. Recht, wie es von der gemeinrechtlichen Wissenschaft erkannt wird, handelte. Jene Bestimmungen des Publ.Patents sind aber in der Rechtsprechung nach ihrem Wortlaute dauernd dahin aufgefaßt worden, daß dabei auf den Standpunkt des gem. Rechts in der Mark z. B. des Jahres 1794 zurückzugehen ist. Die durch das Publ.Patent an Stelle des ALR. aufrecht erhaltenen subsidiarischen Gesetze haben hiernach den Charakter eines Sonderrechts für einen bestimmten Bezirk angenommen, welchem die einheitliche Entwickelung und die einheitliche Pflege des gem. Rechts durch das Reichsgericht Abbruch thun würde. . . . . Aus diesen Gründen ist in § 5 gegenüber der Handhabung des in Rede stehenden Rechts durch das OLG. die Revision versagt."

γ) Auf Verletzung der in den §§ 7—12 der Kais. Verordn., ferner in den RG. v. 15. März 1881, v. 24. Juni 1886 und v. 30. März 1893 bezeichneten Gesetze kann die Revision ungeachtet ihres beschränkten Geltungsbereichs gestützt werden.

δ) Besonderes gilt für das Königreich Bayern. Nach § 6 der Kais. Verordn. findet, soweit nach EG. z. CPr. § 7 über die Revision vom Kgl. bay. ob. Landesgerichte zu entscheiden ist, die die Revision beschränkende Bestimmung des § 1 dieser Verordnung keine Anwendung. Es hat also insoweit bei der Vorschrift des § 511 der CPrO. sein Bewenden, wonach die Revision gestützt werden kann auf Verletzung eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des OLG. hinauserstreckt, mag auch diese Hinauserstreckung sich nicht auf so große Territorien, wie sie in § 1 der Kais. Verordn. bezeichnet sind, beziehen. Wieder sind aber die in § 6 der Kais. Verordn. Nr. 1—5 bezeichneten Rechte der Revision allgemein entrückt, auch wenn über die Revision vom Kgl. bay. ob. Landesgerichte zu entscheiden ist.

Aus den vorgetragenen Regeln ergiebt sich ein System der Revisibilität der Gesetze, dessen Kompliziertheit für die Praxis sehr bedenklich erscheint, nach dem aber wohl oder übel zur Zeit gerichtet werden muß. [Vorschläge de lege ferenda s. Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 321 f.]

Entscheidungen: Die Revision kann darauf gestützt werden, daß bei Annahme des Bestehens eines lokalen Gewohnheitsrechts gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über Entstehung des Gewohnheitsrechts verstoßen worden sei: RG. 6. Nov. 1880 Entsch. II Nr. 49 S. 183 f. — Ein Urteil, das bei Beurteilung partikularrechtlich geordneter ehelicher Güterverhältnisse nicht bloß Partikularrecht, sondern auch allgemeine, dem röm. oder dem gem. deutschen Rechte entnommene Rechtsnormen anwendet, unterliegt seinem ganzen Inhalte nach der Prüfung des Revisionsgerichts: RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 205. — Die Revision kann darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht bei Auslegung und Anwendung partikularen Rechts gegen gemeinrechtliche Grundsätze verstoßen habe: RG. 29. März 1881 Entsch. V Nr. 99 S. 372. — Ein Rechtssatz, den der Berufungsrichter aus einer partikularrechtlichen Norm mit Zuhülfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien abgeleitet hat, ist revisibel: RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 123 S. 395. — Die Regeln über die

Digitized by Google

Beweislast sind von der CPrO. nicht als Bestandteile des Prozeßrechts behandelt, daher nicht als Reichsrecht absolut revisibel: RG. 17. April 1882 Entsch. VI Nr. 127 S. 413. — Im Bereiche des Frankfurter Gesetzes v. 19. Nov. 1850 über Ehescheidung ist die Entscheidung über Kompensabilität beiderseitiger Ehebrüche revisibel, weil sie nach gem. Rechte zu treffen ist: RG. 27. Juni 1892 Entsch. XXX Nr. 30 S. 104.

4. Der § 511 wird ergänzt durch die Vorschrift des § 525. Über dessen Bedeutung vgl. die Bemerkungen dazu. Dort ist auch erörtert, unter welchen Voraussetzungen die Revision darauf gestützt werden kann, daß revisibles Recht statt nicht revisiblen Rechts und umgekehrt nicht revisibles Recht statt revisiblen angewendet ist.

5. Revision wegen unrichtiger Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft. Vgl. Mot. z. Entw. II S. 415 ff., Erythropel Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 292, Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 107 f., Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 144 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 308 ff., Bolze Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 415 ff., Stein das private Wissen des Richters S. 127 ff., RG. 22. Jan. 1880 Entsch. III Nr. 13 S. 23, 23. April 1880 I Nr. 123 S. 340—343, 15. Mai 1880 II Nr. 103 S. 381, 23. Juni 1880 II Nr. 32 S. 125 ff., 5. Jan. 1881 III Nr. 33 S. 110, 12. Jan. 1881 III Nr. 125 S. 426 ff., 11. März 1881 IV Nr. 20 S. 73, 2. Juli 1881 V Nr. 38 S. 149, 12. Jan. 1882 VI Nr. 66 S. 237, 17. Apr. 1882 VI Nr. 127 S. 413, 23. Jan. 1883 VIII Nr. 35 S. 141 ff., 24. Jan. 1883 XI Nr. 65 S. 286 ff., 20. März 1883 VIII Nr. 49 S. 190, 27. Apr. 1883 IX Nr. 44 S. 179, 6. Juli 1883 IX Nr. 61 S. 231 f., 11. Jan. 1884 X Nr. 29 S. 107, 2. Febr. 1884 XII Nr. 4 S. 19, 8. März 1884 XII Nr. 5 S. 27, 7. Juni 1884 XII Nr. 9 S. 39, 4. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1144, 11. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 23 S. 121, 15. Mai 1886 XVI Nr. 38 S. 171, 19. Dez. 1891 XXVIII Nr. 41 S. 176, 19. Apr. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 971 ff.

Im Entw. II § 479 war gesagt, die Revision könne auch darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der unrichtigen Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft beruhe. Die Mot. zu Entw. II bemerken dazu, daß die Revision auch dann zugelassen sei, „wenn diese Auslegung nicht auf einer Verletzung von Rechtsnormen — von gesetzlichen Interpretationsregeln — sondern auf einer unrichtigen thatsächlichen Würdigung beruht" (S. 415). Der Entw. III und die CPrO. erwähnen die unrichtige Auslegung einer Urkunde nicht als besonderen Revisionsgrund; folglich kann die Revision auf unrichtige Auslegung einer Urkunde nur gestützt werden, wenn bei der Auslegung ein Gesetz verletzt ist und die Entscheidung auf dieser Gesetzesverletzung beruht. [AM. Bolze a. a. O.] Eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 511 kann bei der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Urkunden in mehrfacher Weise vorkommen. Einmal durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung von gesetzlichen Auslegungsregeln [vgl. RG. Entsch. II S. 126, II S. 381, IX S. 179; dagegen Rocholl a. a. O. S. 313]; ferner durch die rechtsirrtümliche Konstruktion des von einer Rechtsnorm zum Eintritt einer Rechtsfolge geforderten abstrakten Thatbestandes [vgl. Stahl a. a. O., RG. III S. 427 Ziff. 1 unten, VI S. 413]; endlich durch die rechtsirrtümliche Annahme, daß die in einer Urkunde enthaltenen Parteierklärungen — der konkrete Sachverhalt — dem abstrakten, mit einer gewissen Rechtsfolge verbundenen Thatbestande einer bestimmten Rechtsnorm entspreche [vgl. Stahl a. a. O., RG. III S. 110 (es handelte sich um die Frage, ob die festgestellten Parteierklärungen den Thatbestand eines Lieferungs- oder eines Kommissionsvertrags darstellen), RG. III S. 427 Ziff. 2 unten, VI S. 413]. Dagegen ist die nicht auf einen derartigen Rechtsirrtum zurückführbare, rein thatsächliche Feststellung, daß sich aus einer Urkunde eine konkrete Parteierklärung als gewollt ergebe, der Kognition des Revisionsgerichts entrückt [RG. Entsch. I S. 340, VI S. 237,

Digitized by Google

VIII S. 142, 190, X S. 107]. Nicht immer hat das RG. diese Schranke beachtet [vgl. z. B. Entsch. XII Nr. 5 S. 27].

6. Wegen unrichtiger Auslegung eines früheren Urteils, woraus die exc. rei iud. hergeleitet wird, ist Revision zulässig; das Revisionsgericht ist nicht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden [vgl. RG. 4. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 106 S. 351 ff., 14. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 42 S. 141, Bolze a. a. O. S. 419]. Über Revision wegen Auslegung eines Arrestbeschlusses s. RG. 31. März 1883 Entsch. IX Nr. 92 S. 322, wegen Auslegung eines Schiedsspruchs s. RG. 26. Jan. 1883 VIII Nr. 113 S. 378, wegen Auslegung einer im Prozesse abgegebenen Parteierklärung s. RG. 7. Febr. 1889 SA. XLIII Nr. 243, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 139.

§ 512.

Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

Mot. S. 318—322. KPr. S. 263, 264, 559.

1. a) „Gesetz" bezeichnet nach EG. § 12 (vgl. EG. z. StrPrO. § 7, EG. z. KO. § 2 und die zu § 511 cit. Verordn. § 13) jede Rechtsnorm, einerlei ob sie auf gesetztem Rechte (Gesetz im engeren Sinne) oder auf Gewohnheitsrecht beruht. — Die Motive bemerken:

„Der Ausdruck „Rechtsnorm" ist gewählt, um einerseits die Annahme auszuschließen, daß die Revision, wie die Nichtigkeitsbeschwerde des preuß. Rechts, auf die Verletzung von Rechtsgrundsätzen habe beschränkt sein sollen, und andererseits klar zu stellen, daß es für die Revision gleichgültig ist, ob die verletzte Norm in einem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist oder ob sie sich aus dem Sinne und Zusammenhange desselben ergiebt. Gleichgültig ist ferner für die Revision die Quelle, der Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm. Zur Verhütung restriktiver Auslegung des Wortes „Gesetz" bestimmt der § 12 des EG., daß im Sinne der CPrO. jede Rechtsnorm als Gesetz gelte, also auch das Gewohnheitsrecht (vgl. noch § 265). Bei demselben ist nur die thatsächliche Ermittelung häufig komplizierter als bei dem geschriebenen Rechte, obwohl es Gewohnheitsrechte giebt, deren allgemein bekannte Existenz gar nicht mehr in Frage gezogen wird. Überall aber handelt es sich nicht um die thatsächliche Würdigung des Rechtsstreits, sondern um die Erkenntnis des abstrakten Rechts, und nur jene ist dem Revisionsrichter entzogen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann man auch nicht einen Unterschied machen, ob bei der Rüge der Verletzung eines Gewohnheitsrechts der Angriff gegen thatsächliche Feststellungen oder gegen juristische Würdigungen, welche beide zur Feststellung des bestehenden Rechts dienen sollen, sich richtet. (Mot. zum preuß. Entw. S. 164). Die in § 118 des GVG. erwähnten Handelsgebräuche, für welche die bay. PrO. (Art. 794) besondere Bestimmungen giebt, können keine andere Bedeutung in Anspruch nehmen, insoweit sie Handelsgewohnheitsrechtssätze sind (vgl. Laband Ztschr. f. d. g. Handelsrecht XVII S. 466 ff., Entsch. des ROHG. VI S. 368 ff.).*) Für den Revisionsrichter kann daher nur noch die Frage entstehen, welche Stellung er zu der Ermittelung eines ihm unbekannten Gewohnheitsrechts einzunehmen hat. Diese Frage ist bereits in dem § 265 entschieden. Bietet eine Partei neue Erkenntnismittel für das anzuwendende Recht an, so sind dies nicht neue Beweismittel für den Rechtsstreit; der Richter kann sie von Amtswegen benutzen und ebenso, wenn er sie für entbehrlich hält, die beantragte Benutzung ablehnen."

Der Ausdruck „Gesetz" umfaßt auch die verfassungsgemäß zustande gekommenen Verordnungen, soweit diese bindende Rechtssätze, nicht bloße Instruktionen, enthalten [RG. 1. Juli 1882 SA. XXXVIII Nr. 187, 19. Okt. 1883 SA. XXXIX Nr. 161, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 264], die privilegia personalia [RG. 12. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 898 ff.], die als Landesgesetz publizierten päpstlichen Bullen [RG. 5. Juni 1880

*) Vgl. a. Entsch. d. ROHG. XI S. 243, XII S. 287.

Digitized by Google

Entsch. II Nr. 89 S. 342], die in Staatsverträgen enthaltenen Rechtsnormen [RG. 26. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 27 S. 110, 23. Juni 1890 XXVI Nr. 24 S. 118 ff.] und die Rechtsnormen des Völkerrechts.

b) „Gesetz" umfaßt auch die Normen des Prozeßrechts. Die Verletzung einer Prozeßvorschrift begründet die Revision, wenn die Verletzung für die Entscheidung kausal und das Rügerecht nicht präkludiert ist (§§ 267, 521); eine Unterscheidung wesentlicher und nicht wesentlicher Prozeßrechtsnormen in dem Sinne, daß die Revision nur bei Verletzung jener zulässig wäre, ist der CPrO. fremd. Läßt die CPrO. dem richterlichen Ermessen freie Wahl zwischen mehreren Prozeduren, z. B. zwischen Anordnung und Unterlassung der nach §§ 136—141 möglichen Beschlüsse, zwischen Anordnung und Unterlassung einer Beweisaufnahme im Falle des § 260, zwischen Erlassung oder Nichterlassung eines Teilurteils in den Fällen der §§ 273, 274, zwischen Anordnung oder Nichtanordnung weiterer Verhandlung in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, zwischen Beweisbeschluß und bedingtem Urteile in den Fällen des § 426, zwischen Auflage des richterlichen Eides an den Beweisführer oder an den Gegner ꝛc., so liegt darin, daß das Gericht die eine oder die andere Prozedur gewählt hat, niemals eine Gesetzesverletzung; es kann daher die Revision nicht darauf gestützt werden, daß die innerhalb des gesetzlichen Rahmens getroffene Wahl eine den Umständen nicht entsprechende sei [vgl. RG. 9. März 1882 Entsch. VI Nr. 54 S. 198, 20. April 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1150]. Ebensowenig kann die Revision auf Nichtbeachtung bloß instruktioneller Gesetzesvorschriften (z. B. §§ 121—124, 230 Abs. 3 und 4, 281, 287, 480 ꝛc.) gestützt werden.

c) Nicht „Rechtsnorm" ist die lex contractus, d. i. die durch Vertrag oder Statut geschaffene Regulierung konkreter Rechtsverhältnisse. Bezüglich der Statuten oder Regulativen von Gesellschaften oder Genossenschaften ist dies allgemein anerkannt [vgl. ROHG. Entsch. IV S. 96, VII S. 341, IX S. 130, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 74, 363]. Auch das in der Gesetzessamml. publ. Reglement einer Feuersocietät ist als lex contractus keine Rechtsnorm. [So auch RG. 23. März 1881 SA. XXXVI Nr. 305 und Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 1129 (betr. d. Provinz Posen), 4. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1143 (betr. die ostpreuß. Feuersocietät), 17. Apr. 1886 Entsch. XVI Nr. 92 S. 371 (Posen); dagegen hat das RG. 24. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 51 S. 215 u. 5. Okt. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 66 S. 300 den Reglements der Feuersocietäten für Berlin und für Breslau die Gesetzeseigenschaft zugesprochen.] Keine Rechtsnorm ist das Eisenbahn-Betriebsreglement, auf Grund dessen die Frachtverträge geschlossen werden. [Vgl. Gaupp II S. 83 bei N. 11, ROHG. VII S. 134, IX S. 339, XIX S. 184. Dagegen aber ROHG. II S. 255, VI S. 276 („gesetzlich"), RG. 13. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1075.]

2. Verletzung des Gesetzes ist jede absichtliche oder auf Rechtsirrtum, d. i. Unkenntnis oder unrichtiger Auffassung des objektiven Rechts, beruhende Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der anzuwendenden Rechtsnorm. Die auf Rechtsirrtum beruhende Gesetzesverletzung ist natürlich die praktisch bedeutsame, während die absichtliche wenig praktische Bedeutung hat, da die Absicht selten nachweisbar sein wird. Gleichwohl ist es nicht richtig, den Begriff „Gesetzesverletzung" auf die Fälle des Irrtums zu beschränken [wie dies Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 94 ff. thut]. — Die Verletzung kann unterlaufen bei Ermittelung der konkreten Thatsachen des zu beurteilenden Falls, soweit für diesen Teil der richterlichen Thätigkeit Rechtsnormen bestehen — hierher gehören Verletzungen der Regeln über die Beweislast und über das Beweisverfahren im weitesten Sinne — oder bei Ermittelung des auf die Thatsachen anzuwendenden Rechtssatzes, der sog. Subsumtion unter das Gesetz. Über diesen Fall bemerken die Motive S. 319:

Digitized by Google

„Es kam in Frage, ob es sich empfehle, dem § 512 folgende Bestimmungen zuzusetzen: Insbesondere ist jede unrichtige rechtliche Beurteilung der von den Parteien zur Begründung ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebrachten oder der als erwiesen angenommenen Thatsachen als Verletzung des Gesetzes anzusehen. Gegen die Aufnahme dieses Zusatzes sprach die Erwägung, daß aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Revision sowie aus der Konstruktion dieses Rechtsmittels mit Evidenz hervorgeht, daß jede unrichtige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz den Gegenstand der Anfechtung durch die Revision bilden kann, sprach ferner die Rücksicht, daß durch den Zusatz kein Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage gegeben wird, was Rechtsfrage, was Thatfrage sei. Es ist zweifellos, daß die Trennung der thatsächlichen Würdigung von der Subsumtion unter das Gesetz vielfach eine schwierige ist und daß sich die Schwierigkeit der Trennung steigert, wenn einzelne Rechtsnormen an keine genau festzustellenden Thatsachen geknüpft sind, sondern nur leitende Gesichtspunkte für den Richter aufstellen, wenn das Recht selbst bei Anwendung einzelner Rechtsbegriffe dem Richter ein von dem thatsächlichen nicht zu unterscheidendes Ermessen freistellt, wie z. B. bei dem Besitze, bei der Verjährung, bei dem Herkommen, bei der culpa [vgl. bay. ob. LG. in SA. XL Nr. 323], bei der bona fides u. a. m. Allein ebenso zweifellos ist es, daß diese Schwierigkeit keine unüberwindliche ist und sich mindern muß, je mehr es der Theorie und Praxis gelingt, die einzelnen Rechtsbegriffe schärfer zu formulieren, und je weiter die Kodifikation des Civilrechts fortschreitet. Dem Entwurfe ist die Trennung der Rechtsfrage in zwei Gebiete „konkrete und abstrakte Beurteilung" und die Ausschließung der ersteren von dem Arbitrium des höheren Richters fremd. Der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichts unterliegt z. B. unbedenklich die Frage, ob bei der Subsumtion der gerichtlich festgestellten Thatsachen unter den Rechtsbegriff „Besitz" „culpa" u. s. w. von dem Berufungsgerichte gefehlt sei; an die in der Berufungsinstanz gerichtlich festgestellten Thatsachen ist das Revisionsgericht gebunden, nicht aber an die rechtlichen Konklusionen, welche das Berufungsgericht aus denselben gezogen hat." [Vgl. dazu Stahl a. a. O. S. 98 ff., 106 ff. und die in Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 524 cit. Entscheidungen.]

Die Revision wegen Nichtanwendung einer Rechtsnorm ist zulässig, auch wenn sich der Revisionskläger in den Vorinstanzen nicht auf die fragliche Rechtsnorm bezogen hat. Sie kann z. B. auf Verletzung eines erst in der Revisionsinstanz angeführten und erwiesenen Gewohnheitsrechts gestützt werden [vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 171].

§ 513.

Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

1) **wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;**
2) **wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;**
3) **wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;**
4) **wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;**
5) **wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;**
6) **wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung er-**

Digitized by Google

gangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;

7) wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

Mot. S. 322—324. KPr. S. 264, 265, 559.

1. Während das Revisionsgericht sonst zu prüfen hat, ob eine Gesetzesverlegung für die Entscheidung kausal ist (s. Bem. Nr. 2 zu § 511), gebietet das Gesetz dem Revisionsgerichte, bei den § 513 aufgeführten Verletzungen prozessualer Rechtsnormen die Entscheidung als auf der Gesetzesverletzung beruhend anzusehen. Die Hervorhebung dieser Gesetzesverletzungen rechtfertigt sich aus der Art der in Frage stehenden Rechtsnormen. Sie betreffen die Grundlagen des Verfahrens. Deren Verletzung kann für den materiellen Inhalt des Urteils bedeutungslos sein — z. B. das nicht vorschriftsmäßig besetzte oder das unzuständige Gericht kann sachlich korrekt entschieden haben; die Entscheidung auf Grund einer Verhandlung, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt wurden, kann ganz richtig sein — aber das nicht vorschriftsmäßig besetzte oder unzuständige Gericht durfte überhaupt nicht entscheiden, die Verhandlung, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt sind, durfte nicht als Grundlage einer Entscheidung dienen ꝛc.

2. Zu Nr. 1: In Betracht kommen die Vorschriften über die Fähigkeit zum Richteramte: GVG. §§ 2—5 [AM. Planck I § 29 N. 1; dagegen L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 195], GVG. §§ 10, 11, 109—114, 127, StrGB. §§ 31, 33, 35, 36, über die Besetzung der Gerichte mit einer bestimmten Zahl von Richtern: GVG. §§ 22, 77, 109, 124, 139, 140, 194, über die Bildung der Kammern und Senate: GVG. §§ 59, 62, 64, 66, 120—122, 132—134, über den Vorsitz: GVG. § 61, 65, 121, 133 [Entsch. d. RG. in StrS. I S. 414], über die Zulässigkeit von Hülfsrichtern: GVG. 122 [Entsch. d. RG. in StrS. III S. 214], über die Unzulässigkeit der Wahrnehmung richterlicher Geschäfte durch Staatsanwälte: GVG. § 152 und die Vorschrift in CPrO. § 280, wonach nur die dort bezeichneten Richter an der Entscheidung teilnehmen dürfen; nicht aber die Vorschriften des GVG. §§ 86 ff. über die Geschäftsverteilung [RG. 17. Jan. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 449]. — Der Gerichtsschreiber gehört nicht zur „Besetzung des erkennenden Gerichts"; vgl. GVG. §§ 77, 124, 140, 194, wo der Ausdruck „Besetzung" stets nur bezüglich der Richter gebraucht ist. Natürlich ist das Gesetz verletzt, wenn der Gerichtsschreiber nicht zugezogen ist; aber diese Verletzung begründet die Revision nur, wenn sie für die Entscheidung kausal ist [vgl. Wach I S. 320 N. 13].

3. Zu Nr. 2: Vgl. § 41. Die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters bei der Verkündung des Urteils ist kein absoluter Revisionsgrund. — Die Ausnahme, „sofern nicht ꝛc." ist geboten, weil gegen den abweisenden Beschluß die sofortige Beschwerde stattfindet (§ 46 Abs. 2), daher dieser Beschluß der Kognition des Revisionsgerichts entzogen ist (§ 510). — Auf den Gerichtsschreiber bezieht sich Nr. 2 und 3 nicht (Mot. S. 324).

4. Zu Nr. 3: Vgl. § 42. — Da gegen den Beschluß, der das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, sofortige Beschwerde stattfindet, so ist er der Kognition des Revisionsgerichts entrückt (§ 510). — Wegen des Gerichtsschreibers vgl. Bem. Nr. 3 a. E.

5. Zu Nr. 4: Hierher gehört jede Verletzung der Vorschriften über sachliche Zuständigkeit und Gerichtsstand. Auch wenn die Zuständigkeit in den Vorinstanzen nicht beanstandet war, ist die Revision wegen Unzuständigkeit begründet, insoweit nicht durch Unterlassung der Rüge Prorogation eingetreten ist. Die Bestimmungen über die Zugehörigkeit vor die Civilkammer oder die Kammer für Handelssachen betreffen die „Zuständigkeit" nicht. — Ob auch die Verletzung der Rechtsnormen über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 247) hierher gehört, ist eine müßige Frage; denn

Digitized by Google

jede Verletzung dieser Normen muß für das Urteil kausal sein, einerlei ob fälschlich die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit des Rechtswegs angenommen wurde.

6. Zu Nr. 5: Eine Partei war in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten:

a) wenn sie als prozeßunfähig eines gesetzlichen Vertreters bedurfte und nicht durch den gesetzlichen Vertreter vertreten war oder wenn dem gesetzlichen Vertreter die nach dem bürgerlichen Recht notwendige besondere Ermächtigung zur Prozeßführung fehlte; vgl. die §§ 50—54;

b) wenn der als Bevollmächtigter Aufgetretene nicht von der Partei oder ihrem gesetzlichen Vertreter zur Prozeßführung bevollmächtigt war (vgl. Bem. Nr. 4 und 5 zu § 84. Bem. Nr. 3 zu § 85) oder nicht Bevollmächtigter sein konnte, weil er selbst nicht prozeßfähig war (§ 75) oder weil für den Prozeß der Anwaltszwang bestand und er nicht bei dem Prozeßgerichte als Anwalt zugelassen war (§ 74);

c) wenn jemand in eigener Sache in einem Anwaltsprozesse Prozeßhandlungen vornahm, ohne bei dem Prozeßgerichte als Anwalt zugelassen zu sein (§ 74);

d) wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten den Rechtsstreit führte; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 50 und Bem. Nr. 4 zu § 75.

e) wenn die Partei zu der Verhandlung, auf Grund deren ein Versäumnisurteil erging, überhaupt nicht geladen war. Da nach §§ 474, 529 nur Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch an sich nicht statthaft ist, der Revision unterliegen und die beiden Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch an sich unstatthaft ist (s. §§ 216 Abs. 2, 310). regelmäßig auf Grund der Versäumung eines Termins ergehen, zu dem der Kontumazierte selbst geladen hat, so kann der Fall, daß die Revision auf den Mangel der Ladung der richtigen Partei gestützt wird, nur vorkommen, wenn nach Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder nach Einlegung des zweiten Einspruchs eine Unterbrechung, Aussetzung oder ein Ruhen des Verfahrens eingetreten war und der Gegner des Kontumazierten die Ladung betrieb, diese aber nicht an die richtige Partei gelangte, so z. B. wenn die Ladung irrtümlich einer anderen Person gleichen oder ähnlichen Namens zugestellt wurde. — Kein Mangel in der gesetzlichen Vertretung liegt vor, wenn die Ladung der Partei, an die sie gerichtet war, zugestellt, dabei aber gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Zustellungen verstoßen wurde, so z. B. wenn der Partei anstatt des Bevollmächtigten zugestellt wurde oder wenn die Ersatzzustellung nicht ordnungsmäßig war oder wenn die Zustellung unrechtmäßigerweise als öffentliche erfolgte [vgl. RG. Entsch. VII Nr. 110 S. 361 f.].

Die Revision wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung ist nicht zulässig, wenn die Partei, die nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, oder ihr gesetzlicher Vertreter die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Über die Genehmigung vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 54 und Bem. Nr. 3 zu § 85. Die Genehmigung kann jederzeit, auch noch nach Einlegung der Revision, erfolgen. Trotz der allgemeinen Fassung des § 513 Nr. 5 kann aber die Genehmigung einen Mangel der gesetzlichen Vertretung, der auf Verletzung der Vorschriften über den Anwaltszwang beruht, so wenig beseitigen, als die Vollmacht einen nicht bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zum Vertreter machen kann.

Wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung kann nicht bloß die nicht nach Vorschrift der Gesetze vertretene Partei, sondern auch der Gegner die Revision einlegen. Legt dieser die Revision ein, so riskiert er allerdings, daß der Revisionsbeklagte die Prozeßführung genehmigt; dann ist die Revision als unbegründet zu verwerfen, dem

Digitized by Google

Revisionsbeklagten können nach Analogie des § 92 Abs. 2 die Kosten der Revisionsinstanz auferlegt werden.

Über das Verhältnis der Revision wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung zur Nichtigkeitsklage nach § 542 Nr. 4 s. Bem. Nr. 3 zu § 549.

7. Zu Nr. 6: In Betracht kommen die Vorschriften im GVG. §§ 170—176 in d. Fass. d. RG. v. 5. Apr. 1888. Ein absoluter Revisionsgrund liegt sowohl in der ungesetzlichen Ausschließung der Öffentlichkeit bei der Verhandlung oder bei Verkündung des Urteils [RG. 30. Juni 1880 Entsch. in StrSachen I S. 298], als auch in der Nichtausschließung der Öffentlichkeit in Sachen, in denen sie nach GVG. §§ 171, 172 ausgeschlossen werden muß. [Vgl. RG. 27. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 97 S. 394. Die Entsch. d. RG. v. 7. Febr. und 30. April 1880 in StrS. I S. 324, 652 stehen nicht entgegen, weil die Ausschließung der Öffentlichkeit in StrS. stets fakultativ ist.] Soweit die Ausschließung der Öffentlichkeit im richterlichen Ermessen steht (GVG. § 172 Abs. 1 Schlußsatz, § 173), kann von einer Revision wegen unzweckmäßiger Anwendung dieses Ermessens nicht die Rede sein (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 512). — Die Revision ist auch begründet, wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit bei der Verhandlung der ersten Instanz verletzt wurden und die Entscheidung des Berufungsgerichts auf dieser Verhandlung beruht [vgl. a. RG. 4. Dezember 1883 SA. XXXIX Nr. 162, das aber m. E. zu weit geht].

8. Zu Nr. 7: [Vgl. Rocholl Ztschr. f. d. CPr. X S. 324 ff.] a) Eine Entscheidung ist nicht bloß dann, wenn Entscheidungsgründe äußerlich nicht vorhanden sind, sondern auch dann der Gründe bar, wenn die als solche sich bezeichnenden Sätze die Erwägungen, aus denen der Richter zum Urteile gelangt ist, nicht ersehen lassen [vgl. Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 127 ff.]. Leere Redensarten wie „die Einrede erschien nach Lage der Sache nicht begründet u. dgl.“ sind keine Gründe [vgl. RG. 20. Jan. 1882 Entsch. VIII Nr. 66 S. 262]. Die Revision ist stets begründet, wenn selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel in den Entscheidungsgründen nicht gewürdigt sind [RG. 3. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 109 S. 390, 14. April 1882 VI Nr. 34 S. 138, 1. Nov. 1882 VIII Nr. 94 S. 341, 27. Nov. 1883 X Nr. 22 S. 88, 21. März 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1109, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVII S. 170]. Nach § 259 Abs. 1 a. E. sind im Urteile die Gründe anzugeben, die bei Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit bestrittener Thatsachen für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind; der Mangel solcher Gründe bildet einen absoluten Revisionsgrund [RG. 10. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 60 S. 212; vgl. RG. 31. Jan. 1882 VI Nr. 44 S. 170 f. und 9. März 1882 VI Nr. 54 S. 196]. — Vgl. noch über Aufhebung des Berufungsurteils als ungenügend begründet wegen eines Widerspruchs zwischen einer thatsächlichen Feststellung mit den in dem Thatbestande angezogenen Urkunden: RG. 29. Sept. 1872 Entsch. VIII Nr. 3 S. 14 f. — Hat das Urteil des Berufungsgerichts auf die ausreichende Begründung des Urteils erster Instanz Bezug genommen, so ist sein Urteil mit Entscheidungsgründen versehen und kann nicht aus § 513 Nr. 7 angefochten werden. [Vgl. RG. 12. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 127 S. 433, 16. März 1881 IV Nr. 123 S. 428, bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 219. Das RG. hat übrigens angedeutet, daß ein solches Bezugnehmen nicht zu empfehlen sei.]

b) Die Revision ist nicht bloß begründet, wenn das Endurteil des Berufungsgerichts, sondern auch, wenn ein Zwischenurteil der Entscheidungsgründe entbehrt, vorausgesetzt, daß das Zwischenurteil nach § 510 zur Kognition des Revisionsgerichts erwachsen ist und daß das Endurteil des Berufungsgerichts auf dem Zwischenurteile beruht. An dieser Voraussetzung würde es z. B. fehlen, wenn das Endurteil, nachdem durch ein Zwischenurteil die Stellung einer gewissen Frage an einen Zeugen abgelehnt oder ein Editions-

Digitized by Google

antrag abgewiesen ist, die durch jenen Zeugen oder durch die Urkunde zu erweisende Thatsache als unerheblich behandelte [vgl. v. Kries Rechtsm. S. 308 ff.].

c) Der Mangel des Thatbestandes oder eines ordnungsmäßigen Thatbestandes (s. Bem. Nr. 4 zu § 284) ist Verletzung des Prozeßgesetzes. Diese Verletzung ist aber kein absoluter Revisionsgrund im Sinne des § 513; sie begründet also die Revision nur, wenn sie nach Ansicht des Rev.Gerichts für die Entscheidung kausal ist. [So auch die Kommentare bis auf Puchelt II S. 365; Streich Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 241, v. Bülow Ztschr. f. d. CPr. IV S. 337, Bierhaus eod. V S. 88 f., Brückner eod. V S. 413, Wengler Thatbestand des Civilurteils S. 13 ff., RG. 16. März 1881 Entsch. IV Nr. 123 S. 429, dazu Bähr Urt. d. RG. S. 230.] Übrigens ist der Mangel eines ordnungsmäßigen Thatbestandes eine für die Entscheidung des Berufungsgerichts kausale Gesetzesverletzung, wenn in den Entscheidungsgründen des Urteils Thatsachen als vorgebracht angenommen und bei der Entscheidung zu Grunde gelegt sind, von denen wegen Mangels des Thatbestandes nicht festgestellt werden kann, daß sie wirklich in der mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts vorgebracht wurden (vgl. § 516 Nr. 3). Ist jedoch unbestritten oder aus dem Sitzungsprotokolle zu ersehen, daß die vom Berufungsgerichte angenommenen Thatsachen vorgebracht worden sind, so kann der Umstand, daß dem Urteile der Thatbestand fehlt oder daß der Thatbestand ein Vorbringen nicht berichtet und daher unvollständig ist, nicht die Revision begründen. [Urteile des RG., die Berufungsurteile wegen Mangels des ordnungsmäßigen Thatbestandes aufheben, s. Entsch. II S. 143, S. 371, 404 ff., S. 422, IV S. 185 f., S. 437, VI S. 350, SA. XXXVI Nr. 304, XXXVIII Nr. 346. Urteile d. RG., die eine auf Unvollständigkeit des Thatbestandes gestützte Revision verwerfen, s. Entsch. IV S. 428 f., SA. XXXVI Nr. 85.]

9. Hat das Berufungsgericht das Urteil oder das Verfahren erster Instanz seinem Urteile zu Grunde gelegt, obgleich das Urteil oder das Verfahren der ersten Instanz auf einer der in § 513 bezeichneten Gesetzesverletzungen beruhte, so hat das Berufungsgericht selbst das Gesetz verletzt, weil es eine gesetzwidrige Prozedur der ersten Instanz nicht benutzen durfte. Dann kann die Revision auch darauf gestützt werden, daß eine der ad Nr. 1, 2, 3, 5, 6 angeführten Gesetzesverletzungen in der ersten Instanz vorgekommen sei; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 511.

§ 514.

Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils.

Die Revision kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos.

Mot. S. 314. KPr. S. 265, 559.

Die Bemerkungen zu § 477 finden auf die Revisionsfrist entsprechende Anwendung. § 478 ist nicht auf die Revision anwendbar.

§ 515.

Die Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Revision gerichtet wird;
2) die Erklärung, daß gegen dieses Urteil die Revision eingelegt werde;
3) die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision.

Mot. S. 314. KPr. S. 265, 559.

Digitized by Google

1. Die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 479 finden hierher entsprechende Anwendung. — Daß die Revisionsschrift außer der Unterschrift des beim Reichsgerichte zugelassenen Anwalts auch die des Anwalts der Berufungsinstanz trägt, macht die Einlegung nicht ungültig [RG. 30. April 1881 Entsch. IV Nr. 120 S. 419 f.]. Daß die Ladung die Bezeichnung des Gerichts, vor das geladen wird, nicht enthält, beeinträchtigt die Gültigkeit der Revisionseinlegung nicht, wenn aus der Terminsbestimmung das Gericht ersichtlich ist [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 103 S. 349].

2. Im Königreiche Bayern, das auf Grund des EG. z. GVG. § 8 ein oberstes Landesgericht errichtet hat, gelten für Einlegung der Revision und für die Anwaltsbestellung die Vorschriften der §§ 7, 8 des EG. z. CPrO. — Die einheitliche Einlegung der Revision in zwei Prozessen derselben Parteien über Ansprüche, die unter einander in Zusammenhang stehen, wurde vom bay. ob. LG. SA. XL Nr. 324 für zulässig erklärt.

§ 516.

Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Revisionsschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge), und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

1) **insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;**
2) **insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;**
3) **insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatsachen.**

In der Revisionsschrift soll ferner der Wert des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Beschwerdegegenstandes angegeben werden, wenn die Zulässigkeit der Revision von diesem Werte abhängt.

Mot. S. 317—324. KPr. S. 265—267, 559.

1. Zu Abs. 1: Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze s. §§ 121—124.

2. Zu Abs. 2: Das Gesetz schreibt instruktionell vor, daß die Revisionsschrift enthalten soll:

a) die Revisionsanträge, d. i. die Erklärung, in wie weit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird. Diese Erklärung in der Revisionsschrift hat nur vorbereitende Natur und bindet daher den Revisionskläger nicht [RG. 18. Mai 1886 Entsch. XVI Nr. 83 S. 344]. Es gelten die in Bem. Nr. 2 zu § 480 für die Berufungsschrift entwickelten Sätze.

b) Die Begründung der Revisionsanträge. Zu Nr. 1: Die Begründung soll sowohl dann, wenn die Revision auf Verletzung des materiellen Rechts, als auch, wenn sie auf Verletzung des Prozeßrechts beruht, die verletzte Rechtsnorm bezeichnen. Zu Nr. 2: Insoweit die Revision auf Verletzung des Prozeßrechts gestützt wird, sollen ferner die Thatsachen, d. s. die prozessualischen Vorgänge, bezeichnet werden, aus denen sich die Gesetzes-

Digitized by Google

verletzung ergiebt. Zu Nr. 3: Insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, sollen außer der verletzten Rechtsnorm auch diese Thatsachen bezeichnet werden. [Vgl. dazu Stahl Arch. f. c. Pr. LXVII S. 130 ff.] Für das Revisionsgericht sind die ohne Verletzung des Gesetzes vom Berufungsgerichte positiv oder negativ festgestellten Thatsachen maßgebend (§ 524). Ob bei der Feststellung das Gesetz verletzt ist, hat das Revisionsgericht zu prüfen. Eine Gesetzesverletzung bei der Feststellung von Thatsachen kann ihren Grund haben in der Verletzung der Regeln über die Beweislast [RG. 11. Juni 1881 Entsch. IV Nr. 57 S. 198, 28. Mai 1884 XII Nr. 26 S. 121], in der Verletzung des materiellen Rechts bei Auslegung von Urkunden (darüber s. Bem. Nr. 5 zu § 511) oder in der Verletzung der prozeßrechtlichen Vorschriften über den Beweis und die Beweisführung. Diese können verletzt sein durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der Regeln über Geständnis oder Notorietät, durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung der Regeln über die Versäumnisfolgen, durch Verwertung einer nicht ordnungsmäßig zu stande gekommenen Beweisaufnahme, z. B. der Aussage eines ohne Grund unbeeidigt vernommenen Zeugen (darüber s. Bem. Nr. 2 zu § 356), durch unrichtige Entscheidung über Editionsanträge, durch inkorrekte Eidesauflage oder Eidesabnahme, durch Verletzung der gesetzlichen Beweisregeln (diese Regeln s. Bem. Nr. 5 zu § 259), durch Annahme einer Gebundenheit, wo Freiheit des richterlichen Ermessens bestand [vgl. RG. 6. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 24 S. 93 f.: das Berufungsgericht hatte irrtümlich angenommen, durch eine nach GVG. § 118 erfolgte Feststellung gebunden zu sein] ꝛc. Soweit die Freiheit des richterlichen Ermessens besteht (darüber vgl. Bem. Nr. 3, 5 zu § 259), kann die Revision auf unrichtige Feststellung von Thatsachen nicht gestützt werden. — Thatsachen sind unter Verletzung des Gesetzes übergangen, wenn sie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, aber im Urteile nicht gewürdigt sind. Wegen der Beweisführung für das Vorgebrachtsein s. Bem. Nr. 2 zu § 285. Thatsachen sind unter Verletzung des Gesetzes als vorgebracht angenommen, wenn thatsächliche Behauptungen, die in der mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht wurden, der Entscheidung zu Grunde gelegt sind.

Die in der Revisionsschrift enthaltene Begründung der Anträge ist nur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Wie der Revisionskläger in der Verhandlung andere Anträge stellen kann, so kann er in der Verhandlung auch eine von der Revisionsschrift abweichende Begründung vortragen. In diesem Punkte tritt die Revision in scharfen Gegensatz zu dem Kassationsrekurse des französischen Prozeßrechts und den nachgebildeten Rechtsmitteln deutscher Partikulargesetze, die die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm in der Rechtsmittelschrift als wesentlich und unabänderlich behandeln.

3. Zu Abs. 3: Vgl. § 230 Abs. 3. Auch diese Vorschrift ist nur instruktionell [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 103 S. 349].

§ 517.

In betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 234 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 269, 559.

Vgl. § 480 und die Bemerkungen dazu. — Abweichende Bestimmung für Bayern wegen des obersten Landesgerichts s. EG. z. CPrO. § 7.

§ 518.

Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Auf diese

Digitized by Google

Anschließung finden die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

1. Vgl. §§ 482, 483. Die in den Bemerkungen Nr. 1 bis 4 zu § 482 und in den Bemerkungen Nr. 1 und 2 zu § 483 für die Anschlußberufung entwickelten Sätze finden auf die Anschlußrevision entsprechende Anwendung. Speziell über die Zulässigkeit der Anschließung an eine selbständige Anschlußrevision s. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 11 S. 47.

2. Die Zulässigkeit der Anschließung ist nicht bedingt durch das Vorhandensein der Revisionssumme bei der Beschwerde des Revisionsbeklagten. Der nach § 518 auf die Anschlußrevision anwendbare § 482 Abs. 1 beruht auf dem Gedanken, daß die Anschließung von den formalen Voraussetzungen des betreffenden Rechtsmittels unabhängig sein soll. Zu den formalen Voraussetzungen der Revision gehört die Revisionssumme; folglich ist die Anschließung unabhängig von der Revisionssumme. Ebenso war nach dem früheren gem. Prozesse die sog. accessorische Adhäsion an die Appellation von dem Vorhandensein der summa appellabilis unabhängig [s. Pfeiffer prakt. Ausführ. VI S. 227, Wetzell Syst. § 56 bei N. 71, Renaud Lehrb. § 180 bei N. 21, SA. III S. 228]. Als selbständige Revision nach §§ 483 Abs. 2, 518 kann jedoch nur die Anschließung in Betracht kommen, für die die Revisionssumme gegeben ist; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 483.

3. Auch ohne Anschließung kann der Berufungsbeklagte die Verletzung von Gesetzen zu dem Zwecke rügen, um die Aufrechthaltung des Urteils zu erzielen (Mot. S. 324). Z. B. das Berufungsgericht hatte die Berufung verworfen unter der Annahme, daß die Berufungsfrist nicht eingehalten sei; diese Annahme beruht auf Rechtsirrtum; der Revisionsbeklagte kann geltend machen, daß die Berufung auch wegen Mangels der Unterschrift eines beim Berufungsgerichte zugelassenen Anwalts zu verwerfen gewesen wäre.

§ 519.

Der Revisionsbeklagte hat dem Revisionskläger die Beantwortung der Revision innerhalb der ersten zwei Dritteile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Revisionsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittels vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge und im Falle der Anschließung deren Begründung nach Vorschrift des § 516 enthalten.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

Vgl. §§ 244 und 484. Die Vorschriften des § 519 sind nur instruktionell; deren Nichtbeachtung zieht Rechtsnachteile zur Sache nicht nach sich. Für den Schriftsatz gelten die Vorschriften der §§ 121 ff.

§ 520.

Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

Mot. S. 314, 315. KPr. S. 269, 559.

1. Die Abweichungen ergeben sich aus den §§ 521—529, ferner aus GVG. § 137 in der Fass. d. RG. v. 17. März 1886 (RGBl. S. 61) für den Fall, daß die Entscheidung der vereinigten Civilsenate oder des Plenums des Reichsgerichts nötig wird. Die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs finden in der Revisionsinstanz direkte An-

Digitized by Google

wendung; desgleichen die Vorschriften für den Urkunden- und Wechselprozeß, sowie die besonderen Vorschriften für das Verfahren in Ehe- und in Entmündigungssachen.

2. Versäumnisverfahren. Aus § 529 ergiebt sich die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 295 ff. vorbehaltlich der durch § 524 gebotenen Modifikation. § 504 Abs. 2 ist nicht anwendbar. [Im Gegensatze zu der herrschenden Meinung bestreitet v. Kries Rechtsmittel S. 349 ff., daß in der Revisionsinstanz überhaupt ein Versäumnisurteil erlassen werden könne, indem er annimmt, es finde in der Rev.Inst. keine „eigentliche" (?) mündliche Verhandlung statt. Diese Annahme ist irrtümlich.]

a) Beantragt der Revisionsbeklagte gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Revisionskläger das Versäumnisurteil, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die Formalien der Revision in Ordnung sind (§§ 497, 529). Vermag der Revisionsbeklagte dies nicht nachzuweisen, ohne daß jedoch das Vorhandensein eines formellen Mangels feststeht, so ist der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils vorbehaltlich des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung zu beantragen, zurückzuweisen (§ 300). Steht jedoch nach Ansicht des Revisionsgerichts fest, daß ein Mangel in den Formalien vorhanden ist, dann ist die Revision als unzulässig zu verwerfen. Dieses Urteil ist auch gegenüber der nichterschienenen Partei kein Versäumnisurteil; es findet daher der Einspruch dagegen nicht statt. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 504 und die dort cit., teilweise von der vorgetragenen Ansicht abweichende Litt. und Rechtsprechung. Sind die Formalien in Ordnung, so ist das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, daß die Revision verworfen werde, einerlei ob der Revisionskläger in erster Instanz Kläger oder Beklagter war (Mot. S. 328). Gegen das Versäumnisurteil findet der Einspruch statt.

b) Beantragt der Revisionskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Revisionsbeklagten das Versäumnisurteil, so hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob die Formalien der Revision in Ordnung sind. Fehlt in dieser Beziehung ein Nachweis, oder steht das Vorhandensein eines Mangels fest, so ist zu entscheiden, wie für den entsprechenden Fall oben sub litt. a ausgeführt wurde. Sind die Formalien in Ordnung, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden anzunehmen und, soweit dieses den Revisionsantrag rechtfertigt, nach dem Antrage zu erkennen, soweit dies nicht der Fall ist, die Revision als unbegründet zu verwerfen (Mot. S. 328). Da jedoch nach dem § 524 für die Entscheidung des Revisionsgerichts die in dem angefochtenen Urteile des Berufungsgerichts festgestellten Thatsachen maßgebend sind und sonst nur die in § 516 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden dürfen, so kann die Geständnisfiktion nur in Bezug auf solche thatsächliche Behauptungen Anwendung finden, die unter § 516 Nr. 2, 3 fallen. Betrifft die thatsächliche Behauptung des Revisionsklägers einen von Amtswegen zu prüfenden Punkt, so ist deren Wahrheit auch beim Ausbleiben des Revisionsbeklagten zu prüfen (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 261). Werden nur die vom Berufungsgerichte festgestellten Thatsachen reproduziert, so hat das Revisionsgericht bloß zu prüfen, ob nach dem festgestellten Sachverhältnisse der Revisionsangriff gerechtfertigt ist [RG. 2. November 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 196]. Das nach dem Revisionsantrage erkennende Urteil ist nur dann ein Versäumnisurteil, wenn es auf der Versäumnisfolge, d. i. auf der Annahme des Zugeständnisses thatsächlichen Vorbringens, beruht. Das die Revision verwerfende Urteil ist kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf Versäumnisfolge beruht. [AM. RG. 2. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 55 S. 196. Cui bono?] Nur das Versäumnisurteil kann von dem Revisionsbeklagten durch Einspruch angefochten werden. [Vgl. hierzu Troll Vers.Urt. S. 184 f. Abw. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 110 bei N. 7.]

Digitized by Google

Wegen Anwendung der Versäumnisfolgen auf die Anschlußrevision vgl. Bem. Nr. 3 zu § 504. Die dort entwickelten Sätze finden auf die Anschlußrevision entsprechende Anwendung. § 504 Abs. 2 ist natürlich auch hierbei nicht anzuwenden.

§ 521.

Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 267 die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hat.

KPr. E. 269, 559.

Vgl. die Bemerkungen zu § 267, ferner § 492. — Nach § 520 gilt § 267 auch bezüglich der innerhalb der Revisionsinstanz begangenen Gesetzesverletzungen.

§ 522.

Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge.

Mot. E. 317. KPr. E. 269, 559.

1. Die Grenze der Kognition des Revisionsgerichts bilden die in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgerichte verlesenen (§ 269) Anträge des Revisionsklägers und des Revisionsbeklagten (Anschließungsanträge). Soweit das Urteil nicht angefochten ist, hat das Revisionsgericht keine Kognition. Dies gilt nicht bloß, wenn das Urteil über mehrere Ansprüche erkannte und nur der über den einen Anspruch erkennende Teil angefochten ist, sondern auch, wenn das Urteil bezüglich eines Teils des Anspruchs aus einem Grunde angefochten wird, der auch die Entscheidung bezüglich des nicht angefochtenen Teils nach Ansicht des Revisionsgerichts berührt.

Die Anträge bilden aber noch nach einer anderen Richtung die Grenze für die Entscheidung des Revisionsgerichts: das Revisionsgericht darf ohne Anschlußrevision nicht zu Ungunsten des Revisionsklägers entscheiden. Das Verbot der reformatio in peius ist zwar für die Revisionsinstanz nicht direkt, wie für die Berufungsinstanz in § 498, ausgesprochen. Es steckt aber in § 522. Die Revision hat Ähnlichkeit mit einer auf die Rechtsfrage beschränkten Oberberufung (s. die vor § 507 cit. Mot. a. E.); für die Berufung aber ist, wie im früheren Prozesse für Appellation und Oberappellation, zweifellos, daß ohne Adhäsion nicht in peius abgeändert werden darf. [Vgl. RG. 22. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 121 S. 410 f.] Darüber, daß auch überflüssige Eide nicht ohne Anschließung gestrichen werden können, sowie über die Frage, was eine reformatio in peius ist, vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 498. Durch Anschließung kann der Revisionsbeklagte auch eine Änderung erreichen, die ihn günstiger stellt, als das von ihm nicht angefochtene Urteil der ersten Instanz. Z. B. in erster Instanz wurde auf den Eid des Beklagten erkannt; dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt; der Beklagte hatte nur die Verwerfung der Berufung beantragt; der Kläger legt Revision ein; der Beklagte kann in der Revisionsinstanz noch beantragen, daß die Klage abgewiesen werde. — Darin, daß das Revisionsgericht eine Sache, die das Berufungsgericht irrtümlich an das Gericht erster Instanz zurückverwies, dem Berufungsgerichte zuweist, liegt keine reformatio in peius [RG. 26. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 79 S. 392].

2. Innerhalb der bezeichneten Grenzen hat das Revisionsgericht unabhängig von der Begründung der Anträge durch die Parteien zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruhe. Es ist nicht auf die von der Partei angeführten Revisionsgründe beschränkt. Daher muß der Revision, die der Revisionskläger

Digitized by Google

auf Verletzung der Rechtsnorm x stützt, stattgegeben werden, wenn das Revisionsgericht sich überzeugt, daß zwar nicht die Rechtsnorm x, wohl aber die Rechtsnorm y verletzt ist (KPr. S. 269). [Vgl. a. Wach Vortr. S. 212 ff., v. Kries Rechtsm. S. 297 ff.] Auch diese Regel ergiebt sich aus dem § 522; denn hier ist die Beschränkung der Prüfung auf die Anträge im Gegensatze zu deren Begründung ausgesprochen. Die Motive (S. 317) bemerken darüber:

„In der Natur der Sache liegt es, daß die Partei, um den Erfolg des Rechtsmittels zu sichern, den Punkt, an welchem das Urteil angreifbar ist, aufsuchen und bei der mündlichen Verhandlung hervorheben wird. Sie kann dies ohne jede Schranke ausführen und eine vollständige Erörterung der Sache, für welche auch das Gericht zu sorgen hat, wird dahin führen, daß keine Gesetzesverletzung, welche dem Urteile zu Grunde liegt, unerörtert bleibt. Es genügt aber der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen; eine bestimmte Formulierung der angeblich verletzten Rechtsnormen ist nicht erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, zu sagen, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urteils begründet, von der Partei gerügt wird. Rechtlich ist die Aufhebung des Urteils von einer ausdrücklichen Rüge ebenso unabhängig, wie es die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urteils durch den Revisionsbeklagten ist, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Parteien."

Doch kann das Revisionsgericht das Urteil nicht wegen ungerügter Verletzungen des Prozeßrechts aufheben, die nach § 267 durch Präklusion des Rügerechts geheilt sind (§ 521). Andere Verletzungen des Prozeßgesetzes muß das Gericht auch ohne Rüge der Partei berücksichtigen, soweit dies thatsächlich ausführbar ist.

§ 523.

Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil des Berufungsgerichts ist, insoweit dasselbe durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Revisionsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Mot. S. 324. KPr. S. 269, 559.

Vgl. § 496 nebst den Bemerkungen.

§ 524.

Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urteile gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend. Außer denselben können nur die im § 516 Nr. 2, 3 erwähnten Thatsachen berücksichtigt werden.

Mot. S. 324, 325. KPr. S. 269, 270, 559.

1. Das Revisionsgericht hat die Richtigkeit der thatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachzuprüfen. Die thatsächlichen Feststellungen beziehen sich entweder auf Vorgänge innerhalb des Prozesses, dahin gehört die Feststellung, daß eine Partei einen Antrag gestellt oder nicht gestellt, eine Thatsache vorgebracht oder nicht vorgebracht, eine Thatsache bestritten oder nicht bestritten, einen Beweis angetreten oder nicht angetreten, eine Beweiserklärung abgegeben oder nicht abgegeben, einen Eid geleistet oder verweigert habe ꝛc.; oder auf Vorgänge außerhalb des Prozesses, d. i. auf die von den Parteien vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel, dahin gehört die Feststellung, daß eine zum Angriff oder zur Verteidigung vorgebrachte Thatsache bewiesen oder nicht bewiesen oder nicht vollständig bewiesen sei. — Alle diese positiven oder negativen thatsächlichen Feststellungen, mögen sie im Thatbestande des zweitinstanziellen Urteils (direkt

Digitized by Google

oder durch Bezugnahme auf das Urteil der ersten Instanz oder auf die Schriftsätze) oder in den Entscheidungsgründen enthalten sein [vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVII S. 235], binden das Revisionsgericht, soweit nicht bei der Feststellung eine Rechtsnorm verletzt ist. Ist das der Fall und die Verletzung für die Entscheidung kausal, so hat das Revisionsgericht das Urteil aufzuheben.

Entscheidungen: Die Annahme des OLG., daß in der Berufungsschrift eine ausreichende Ladung enthalten sei, ist keine thatsächliche Feststellung: RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 111 S. 398. — Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Überlassung des vorbehaltenen Vermögens seitens der Frau einen Verzicht auf den Vorbehalt in sich schließe, bindet das Rev.Ger. nicht: RG. 10. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 57 S. 206. — Die vom Berufungsgerichte festgestellten Thatsachen, worin sich die Übung eines Gewohnheitsrechts manifestiert, sind für das Rev.Ger. maßgebend: RG. 20. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 97 S. 361. — Die Frage, ob die vom OLG. festgestellten Thatsachen zur Ehescheidung oder zur zeitweiligen Trennung genügen, ist der Entscheidung des Rev.Ger. nicht entzogen: RG. 8. Nov. 1881 VI Nr. 37 S. 150, 9. Febr. 1883 VIII Nr. 40 S. 159, 29. Mai 1883 XI Nr. 110 S. 413. Ebenso nicht die Schuldfrage im Ehescheidungsprozesse: RG. 6. Febr. 1886 SA. XLI Nr. 151. — Die Frage, ob in einer bestimmten Handlung ein Verzicht gelegen sei, fällt der Beurteilung des Revisionsgerichts anheim: bay. ob. LG. SA. XL Nr. 258, RG. 7. Febr. 1887 SA. XLIII Nr. 243. Ebenso die Frage, ob sich aus gewissen Handlungen culpa ergiebt: bay. ob. LG. SA. XL Nr. 323, XLVII Nr. 246, Bl. f. RA. LVII S. 267. — Über die Stellung des Revisionsgerichts gegenüber der Auslegung von rechtsgeschäftlichen Urkunden, von richterlichen Entscheidungen und von Schiedssprüchen s. die in Bem. Nr. 5 und 6 zu § 511 cit. Urteile.

2. Neue Thatsachen, d. s. solche, die in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht wurden, dürfen in der Revisionsinstanz nicht vorgebracht und, wenn vorgebracht, vom Revisionsgerichte nicht berücksichtigt werden. Die Regel erleidet Ausnahmen: a) Thatsachen, die sich auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels beziehen, z. B. die Behauptung, daß das zweitinstanzielle Urteil z. Z. der Einlegung des Rechtsmittels noch nicht zugestellt gewesen sei oder daß der Revisionskläger auf das Rechtsmittel verzichtet habe, können vorgebracht werden (Mot. S. 325). b) Zur Begründung der auf Verletzung von Prozeßrechtsnormen gestützten Revision können die Thatsachen, die den Mangel ergeben (§ 516 Nr. 2), vorgebracht werden, z. B. die Thatsachen, aus denen sich ergiebt, daß das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, oder die Thatsachen, aus denen sich ergiebt, daß das Verfahren unterbrochen war, als gewisse Prozeßhandlungen vorgenommen wurden [vgl. RG. 31. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 105 S. 401] oder die Thatsachen, woraus sich ergiebt, daß eine in der Berufungsinstanz nicht erwähnte und daher nicht berücksichtigte Zustellung stattgefunden hat [vgl. RG. 19. Sept. 1891 SA. XLVII Nr. 245; abw. RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 108 S. 366 f.] ꝛc. c) Die Thatsachen, die obwohl vorgebracht, vom Berufungsgerichte unter Verletzung des Prozeßgesetzes im Thatbestande übergegangen sind, können neu vorgebracht und müssen berücksichtigt werden (§ 516 Nr. 3). Die Mot. S. 325 bemerken:

„Damit ist insbesondere auch die Möglichkeit gegeben, ein Übergehen von Thatsachen — eine Omission — zu rügen, wenn auch die rechtliche Erheblichkeit der Rüge für den Erfolg maßgebend und der Nachweis derselben nach Maßgabe der Vorschriften über die Fixierung des Sachverhältnisses beschränkt ist. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach § 285 der Thatbestand des Urteils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert, und daß dieser Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Läßt sich daher auf Grund des Sitzungsprotokolls

Digitized by Google

nicht beweisen, daß eine in den Thatbestand nicht aufgenommene Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sei, so kann die Anfechtung des Urteils auf eine Omission nur gestützt werden, wenn der Thatbestand auf Grund des § 291 rektifiziert, also infolge des gestellten Berichtigungsantrags festgestellt worden ist, daß die Partei die betreffende Thatsache in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe."

Wegen neuer Behauptungen in Bezug auf das anzuwendende Recht vgl. Bem. Nr. 2 g. E. zu § 512.

3. Eine Beweisantretung ist in der Revisionsinstanz nur bezüglich der in Bem. Nr. 2 litt. a bis c bezeichneten Thatsachen zulässig. Die Beweisaufnahme erfolgt durch das Revisionsgericht. Dieses kann die Beweisaufnahme unter den Voraussetzungen der §§ 337, 340, 370, 399, 441 übertragen.

§ 525.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.

Mot. S. 320—322. KPr. S. 270, 559, 711.

1. Litteratur: Fels Revisions- und Sonderrecht S. 84 ff.

2. Aus den Motiven S. 321 f.:

„Die Vorschriften des § 525 und des § 528 Abs. 3 sind Konsequenzen der Bestimmungen des § 511. Die praktische Wichtigkeit derselben ließ es wünschenswert erscheinen, sie im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen.

Zur Vermeidung von Zweifeln über die Bedeutung des § 525 mag folgendes bemerkt werden. Die Frage, ob z. B. das Reichsrecht oder das gemeine Recht richtig zur Anwendung gebracht sei, ist der Kognition des Revisionsgerichts nicht bloß dann zu unterstellen, wenn die Anwendbarkeit der reichsgesetzlichen oder gemeinrechtlichen Norm an sich unstreitig und streitig nur der Inhalt dieser jedenfalls in Anwendung zu bringenden Rechtsnorm ist; sondern zur Kompetenz des Revisionsgerichts gehören auch die Fragen, welche durch den Konflikt des Reichsrechts oder gemeinen Rechts und des partikularen Rechts entstehen. Hat also z. B. das Berufungsgericht angenommen, daß das Reichsrecht eine partikulare Rechtsnorm nicht aufgehoben habe, und diese Rechtsnorm demgemäß seiner Entscheidung zu Grunde gelegt, so hat das Revisionsgericht festzustellen, ob die Konklusion des Berufungsgerichts als zutreffend angesehen werden kann. Dasselbe gilt, wenn z. B. das Berufungsgericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß das Partikularrecht eine Rechtsnorm des gemeinen Rechts beseitigt habe, und deswegen diese Rechtsnorm für unanwendbar erklärt. Hieraus folgt: Durch § 525 hat nur ausgesprochen werden sollen, daß, wenn die in dem konkreten Falle zur Anwendung zu bringende Rechtsnorm dem der Revision nicht unterliegenden partikularen Rechte entnommen werden muß, die Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt der betreffenden Rechtsnorm für das Revisionsgericht maßgebend sei (John in Behrends Ztschr. f. deutsche Gesetzg. VII S. 189 ff.).

Aus dem Wortlaute des § 511 ergiebt sich, daß die Revision, soweit es sich nicht um die Verletzung von Reichsrecht handelt, voraussetzt, daß das verletzte Gesetz innerhalb des Bezirks desjenigen OLG. gilt, welches das Berufungsurteil erlassen hat. Hieraus folgt:

1. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei . . . . . .

2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß inländisches Recht, welches im Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat, nicht richtig angewendet sei. . . . .

Anders verhält es sich, wenn die Revision darauf gegründet wird, daß das Berufungsgericht statt des ausländischen Rechts oder statt des Rechts eines anderen deutschen Gebiets das in seinem Bezirke geltende Recht zur Anwendung gebracht habe. In diesem Falle ist die Revision dagegen gerichtet, daß von dem Berufungsurteile gegen die Grundsätze der sog. örtlichen Kollision der Rechte verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt sei."

Digitized by Google

3. Nach § 511 sind zwei Gruppen von Rechtsnormen zu unterscheiden, solche, deren Verletzung im konkreten Falle die Revision begründen kann — revisibles Recht — und solche, deren Verletzung die Revision nicht begründen kann — nicht revisibles Recht (Sonderrecht). Die Nichtrevisibilität der Rechtsnormen der zweiten Gruppe hat zur Folge, daß dem Rev.Ger. die Nachprüfung der in Bezug auf diese Normen vom Berufs.-Ger. ausgesprochenen Rechtsansicht nicht zusteht. Diese Negative in die Positive umgesetzt, ergiebt den Satz: in Bezug auf das nicht revisible Recht ist die Rechtsansicht — „Entscheidung" in diesem Sinne [vgl. Fels a. a. O. S. 113 f.] — des Berufs.Ger. für das Rev.Ger. maßgebend. Dies und nichts anderes ist der Sinn des § 529. Dieser Paragraph hat also keine selbständige, über den § 511 hinausgreifende Bedeutung, sondern spricht nur einen schon in § 511 gelegenen Folgesatz aus. [Vgl. die oben cit. Motive Abs. 1, Fels S. 106. Vgl. a. RG. 21. Juni 1882 RAnz. 1882 Beil. Nr. 1 (mit falschem Datum 1. Juli 1882) ad vv.: „Es kann nicht angenommen werden, daß durch den § 525 die Vorschrift des § 511 habe abgeändert werden sollen" ꝛc.] Da hiernach dem Rev.Ger. nur die Nachprüfung der Rechtsansicht des Berufs.Ger. bezüglich des nicht revisiblen Rechts entzogen ist, so ergiebt sich, daß dem Rev.Ger. die Nachprüfung der Frage, ob nicht statt des nicht revisiblen Rechts eine der Gruppe des revisiblen Rechts angehörige Rechtsnorm anzuwenden sei, nicht entzogen ist; oder — in die positive Redeweise des § 525 umgesetzt — die vom Ber.Ger. bezüglich des nicht revisiblen Rechts ausgesprochene Rechtsansicht ist für das Rev.Ger. nur unter der Voraussetzung maßgebend, daß nach Ansicht des Rev.Ger. nicht revisibles Recht auf den konkreten Fall anwendbar ist.

Einzelnes: a) Hat das Berufs.Ger. nicht revisibles Recht angewendet, so steht dem Rev.Ger. die Nachprüfung zu, ob nicht statt dessen revisibles Recht anzuwenden gewesen wäre. Nicht bloß hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Annahme des Berufs.Ger., daß nicht revisibles Recht anzuwenden sei, nicht auf einem Rechtsirrtum betreffs der aus dem revisiblen Rechte zu entnehmenden Normen über die örtliche oder die zeitliche Kollision der Gesetze (z. B. über die Kraft eines jüngeren Gewohnheitsrechts gegenüber einem geschriebenen Rechte), über das Verhältnis von Reichs- und gemeinem Recht zu Landes- und Partikularrecht (z. B. über die Frage, ob ein Landesgesetz dem Reichsrechte widerstreite), über die Entstehung der Rechtsnormen (z. B. über die Voraussetzungen einer Gewohnheitsrechtsbildung) [vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 42 S. 150, 20. Sept. 1881 V Nr. 97 S. 361] oder auf einem Rechtsirrtum in betreff des Bestehens oder des Inhalts des revisiblen Rechts [RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 94, 4. Jan. 1881 III Nr. 14 S. 29, 3. Juni 1882 bei Fenner u. Mecke III Nr. 222, 30. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 105 S. 347, 7. Nov. 1885 SA. XLI Nr. 248, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 402 f.; dazu Fels S. 90 ff.] beruhe, sondern dem Rev.Ger. steht auch zu, zu prüfen, ob ein die Anwendung des revisiblen Rechts ausschließendes nicht revisibles Recht bestehe, wobei auf den Inhalt des nicht revisiblen Rechts eingegangen und vom Rev.Ger. geprüft werden muß, ob das nicht revisible Recht vom Berufs.Ger. richtig ausgelegt worden ist. [AM. RG. 14. April 1882 Entsch. III Nr. 34 S. 135, ferner RG. 17. März 1881 V Nr. 57 S. 212, 29. März 1881 V Nr. 99 S. 371 f.; in diesen drei Urteilen nimmt das RG. an, daß die Entscheidung des Berufs.Ger. das Partikularrecht habe einen Satz des gem. Rechts aufgehoben oder modifiziert, für das Rev.Ger. maßgebend sei; ebenso das bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 47. Dagegen Fels S. 101 ff., Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 102 bei N. 6. Die Ansicht des RG. beruht auf der irrtümlichen Annahme, daß § 525 über § 511 hinausgreife; vgl. dagegen RG. 28. Jan. 1888 Entsch. XX Nr. 47 S. 210 ff.] Diese Prüfung ist aber nur von dem Gesichtspunkte aus von dem Rev.Ger. vorzunehmen, daß zu untersuchen ist,

Digitized by Google

ob nicht ein Rechtsirrtum bezüglich des angewendeten nicht revisiblen Rechts zu der Nichtanwendung revisiblen Rechts geführt hat. Dagegen hat das Rev.Ger. nicht zu untersuchen, ob nicht ein Rechtsirrtum bezüglich des angewendeten nicht revisiblen Rechts unterlief, zufolge dessen dieses anstatt eines anderen nicht revisiblen Rechts irrtümlich angewendet wäre. Denn nur, wenn statt des revisiblen Rechts irrtümlich nicht revisibles Recht angewendet wurde, ist revisibles Recht durch Nichtanwendung verletzt, während in dem Falle, daß statt der nicht revisiblen Rechtsnorm x die gleichfalls nicht revisible Rechtsnorm y anzuwenden wäre, die Verletzung eines nicht revisiblen Rechts vorläge — und darauf kann die Revision nicht gestützt werden. Wohl aber hat das Revisionsgericht wieder zu prüfen, ob bei Anwendung der nicht revisiblen Rechtsnorm x anstatt der gleichfalls nicht revisiblen Rechtsnorm y eine der Gruppe des revisiblen Rechts zu entnehmende Rechtsnorm über örtliche und zeitliche Kollision der Gesetze oder über Entstehung der Rechtsnormen (s. o.) verletzt ist. [Vgl. RG. 6. Nov. 1881 Entsch. II Nr. 49 S. 184, Fels S. 90.]

b) Hat das Beruf.Ger. revisibles Recht angewendet, so steht dem Rev.Ger. zu, zu prüfen, ob nicht die Annahme des Ber.Ger., daß das revisible Recht anzuwenden sei, auf einem Rechtsirrtum betreffs der aus der Gruppe des revisiblen Rechts zu entnehmenden Normen über die örtliche oder die zeitliche Kollision der Gesetze, z. B. über die Kraft jüngeren Gewohnheitsrechts gegenüber dem geschriebenen Rechte [RG. 5. Juli 1881 Entsch. V Nr. 34 S. 134], über das Verhältnis von Reichs- und gem. Rechte zu Landes- und Partikularrecht [RG. 28. Mai 1880 Entsch. II Nr. 20 S. 68, 6. Okt. 1880 II Nr. 25 S. 94, 7. Nov. 1885 SA. XLI Nr. 248], über die Frage, ob die Obligation nach dem Rechte dieses oder jenes Ortes zu beurteilen und welches Verjährungsgesetz darauf anwendbar sei [RG. 18. Mai 1889 Entsch. XXIV Nr. 84 S. 383 ff.], über die Entstehung der Rechtsnormen oder auf einem Rechtsirrtum bezüglich des Inhalts des revisiblen Rechts beruhe. Dagegen steht dem Rev.Ger. nicht zu, zu prüfen, ob ein die Anwendung des revisiblen Rechts ausschließendes nicht revisibles Recht, dessen Bestehen das Beruf.Ger. verneint oder ignoriert hat, bestehe; denn durch die Nichtanwendung des nicht revisiblen Rechts wäre nur dieses, nicht das revisible Recht, verletzt, und darauf kann die Revision nicht gestützt werden. [Vgl. RG. 18. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 42 S. 150, 14. Juni 1881 IV Nr. 58 S. 202, Fels S. 106 ff., Gaupp II S. 102 bei N. 8. AM. Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 105].

§ 526.

Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.

Mot. S. 316, 317. KPr. S. 270, 559.

1. § 526 ist Konsequenz des § 511; s. Bem. Nr. 2 zu § 511. Soweit eine der in § 513 bezeichneten Gesetzesverletzungen vorliegt, ist § 526 nicht anwendbar; aber eine solche Verletzung liegt nicht vor, wenn ein irrelevanter Rechtsirrtum in den Entscheidungsgründen unterlief. Daher ist z. B. die Revision als unbegründet zu verwerfen, wenn zwar der Grund, aus dem von dem Untergerichte die Zuständigkeit angenommen wird, nach Ansicht des Revisionsgerichts rechtsirrtümlich, die Zuständigkeit aber aus einem anderen Grunde vorhanden ist [vgl. RG. Entsch. XXIII S. 173].

2. Anwendung des § 526 s. Entsch. des RG. I S. 437, II S. 429, III S. 92, 108, 384, 427, 429, 435, IV S. 404, V S. 175, 415, VI S. 206, IX S. 216, 388, XI S. 242, XVIII S. 27, 182, 380, 400, XX S. 354, XXII S. 119, XXIII S. 173, 181, 334, 426, XXIV S. 118 f., 171, XXVI S. 36, 132, 310, XXVII S. 85, XXVIII S. 136, XXIX

Digitized by Google

S. 229 f., Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1133, SA. XLV Nr. 5, XLVIII Nr. 4; bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVI S. 368.

§ 527.

Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

Erfolgt die Aufhebung des Urteils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

Mot. S. 325, 326.*) KPr. S. 270, 559.

1. Zu Abs. 1: Die Aufhebung des angefochtenen Urteils ist sowohl im Falle der Zurückverweisung, wie im Falle der Entscheidung in der Sache selbst auszusprechen.

2. Zu Abs. 2: Betrifft die Verletzung des Prozeßgesetzes das ganze Verfahren, so ist das ganze Verfahren des Berufungsgerichts, eventuell auch das der ersten Instanz (vgl. Bem. Nr. 9 zu § 513), aufzuheben, d. i. für nichtig zu erklären. Betrifft die Verletzung nur einen Teil des Verfahrens, so ist der betroffene Teil aufzuheben. Die in Bem. Nr. 4 zu § 501 für den Fall teilweiser Aufhebung entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung.

§ 528.

Im Falle der Aufhebung des Urteils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dasselbe hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden:

1) wenn die Aufhebung des Urteils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist;
2) wenn die Aufhebung des Urteils wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs erfolgt.

Kommt in den Fällen der Nr. 1 und 2 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 511 nicht gestützt werden kann, in Frage, so kann die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Mot. S. 314, 326, 327 (vgl. dazu die Fußnote *). KPr. S. 270—272, 559, 707—709.

1. Die Motive bemerken: „Die bloße Aufhebung des angefochtenen Urteils ist nicht das Endziel des Rechtsmittels. Grundsätzlich soll eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst erreicht werden, allein die als Regel aufgestellte Ausschließung der thatsächlichen Würdigung von der Thätigkeit des Revisionsgerichts macht es unmöglich, in demselben Maße wie bei der Berufung eine Entscheidung in der Sache selbst zu geben. Wenn die in den Entscheidungsgründen niedergelegte thatsächliche Würdigung des ersten Richters nach den Ansichten des Revisionsgerichts als Grundlage für das

*) Die Motive zu den §§ 527, 528 (im Entw. §§ 503, 504) enthalten verschiedene Redaktionsversehen. Wiederholt ist von Zurückverweisung „an die erste Instanz", von der Gebundenheit des Revisionsgerichts an die thatsächliche Würdigung „des ersten Richters" 2c. die Rede, während das Berufungsgericht gemeint ist. Dies erklärt sich daraus, daß der Entw. I und II keine Berufung, sondern nur Revision gegen Urteile der Landgerichte kannte. Auch von der Gebundenheit des Untergerichts an die Urkundenauslegung des Revisionsgerichts ist die Rede, obwohl der Entw. II in diesem Punkte von Entw. III verschieden ist (s. Bem. Nr. 5 zu § 511).

Digitized by Google

Endurteil noch nicht ausreicht oder wenn das Verfahren oder die Feststellung des Sachverhältnisses mit Erfolg angegriffen ist, so kann nur die Aufhebung des angefochtenen Urteils ausgesprochen werden."

Die Sache kann weder an ein anderes Gericht noch an einen anderen Senat desselben Gerichts zurückverwiesen werden (vgl. KPr. S. 270 ff., 707 ff.). An das Gericht erster Instanz ist die Sache zurückzuverweisen, wenn das Berufungsgericht auf Zurückverweisung in die erste Instanz hätte erkennen müssen. Z. B. die erste Instanz wies wegen Unzuständigkeit die Klage ab, die zweite Instanz bestätigte; das Revisionsgericht erachtet die Zuständigkeit für gegeben [vgl. RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 23 S. 94].

2. Das Berufungsgericht ist an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, gebunden. [Darüber Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. VI S. 217 ff., Struckmann eod. S. 391 ff.; vgl. a. L. Seuffert eod. VII S. 54 N. 51.]

a) Über „rechtliche Beurteilung" bemerken die Motive (S. 327): „Um die Absicht des Gesetzes gegen die Gefahr einer zu engen Auslegung und Anwendung sicher zu stellen, ist statt „Rechtsnorm" — preuß. Entw. § 683, nordd. Entw. § 852 Nr. 3 — „Rechtsansicht" (Bayern Art. 820) — „Rechtsgrundsätze" — preuß. Dekl. v. 6. April 1839 Art. 11 Abs. 3 und Ges. v. 20. März 1854 § 3, Hann. § 441 Abs. 2, Württ. Art. 750 Abs. 4, hann. Entw. § 623 Abs. 3, österr. Entw. § 712 Abs. 3, sächs. Entw. § 1023 — der Ausdruck „rechtliche Beurteilung" gewählt, welchem eine weitere Bedeutung beiwohnt."

b) Die Gebundenheit des Berufungsgerichts an die rechtliche Beurteilung, d. i. an die Rechtsansicht des Revisionsgerichts, folgt nicht aus der Rechtskraft des Urteils, denn Rechtsansichten sind der Rechtskraft nicht fähig, sondern, wie die Gebundenheit der ersten Instanz an das Urteil des Beruf.Ger. (vgl. Bem. Nr. 2 litt. d zu § 500), aus dem Übergange (der Devolution) des ganzen Rechtsstreits an das Rev.Ger. Dieses sollte eigentlich den Rechtsstreit stets selbst erledigen. Aus organisatorischen Rücksichten, zur Entlastung des höchsten Gerichtshofs, ist das Rev.Ger. ermächtigt, unter Umständen auf die Aufhebung des Urteils sich zu beschränken und dem Ber.Ger. die Erledigung des Prozesses zu übertragen. Dieses erledigt den Rechtsstreit kraft der ihm vom Rev.Ger. gewordenen Anweisung und ist daher an dessen Anweisung gebunden. [Ähnlich Bierhaus a. a. O. S. 225 ff. AM. Struckmann Ztschr. f. d. CPr. VI S. 392 ff.]

c) Nur an die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, ist das Ber.Ger. gebunden. Rechtliche Ausführungen, die keinen Einfluß auf die Aufhebung hatten, binden das Ber.Ger. nicht, sondern haben nur autoritative Bedeutung. Wurden thatsächliche Feststellungen des Ber.Ger. angefochten, die darauf bezüglichen Angriffe aber vom Rev.Ger. zurückgewiesen, so ist das Beruf.Ger. bei seiner abermaligen Entscheidung nicht gebunden, wegen der Zurückweisung der dagegen erhobenen Revisionsangriffe jene Feststellungen als unabänderlich zu behandeln. [Vgl. RG. v. 4. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 115 S. 375 f., Bierhaus a. a. O. S. 234 ff.]

d) Entscheidend für den Umfang der Aufhebung ist die Formel des Revisionsurteils [RG. 7. Juni 1890 XXVI Nr. 87 S. 411]. Bei teilweiser Aufhebung kann das frühere Urteil bezüglich eines von mehreren Ansprüchen oder bezüglich eines Teils eines Anspruchs oder bei Widerklage bezüglich der Klage oder der Widerklage oder bezüglich eines zu einem Zwischenurteile geeigneten selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmittels aufrecht erhalten und dadurch der neuen Verhandlung und Entscheidung entzogen werden. Immer fällt nur der Prozeßstoff, der von der Aufhebung betroffen ist, der neuen Verhandlung und Entscheidung anheim. Ist der durch Verwerfung des Rechtsmittels erledigte Prozeßstoff für die neue Entscheidung von Bedeutung, so ist das Beruf.Ger. zwar nicht aus dem

Digitized by Google

Grunde des § 528 Abs. 2, wohl aber, weil bezüglich jenes Rechtsstoffs rechtskräftig entschieden ist (arg. § 289), an die Entscheidung des Rev.Ger. gebunden (nordd. Entw. § 826 Nr. 1). [Vgl. RG. 27. Nov. 1889 SA. XLVI Nr. 68.] Soweit die Aufhebung reicht, steht die Sache prozessualisch nicht anders, als wenn eine neue Verhandlung in der Berufungsinstanz stattfände, ohne daß das aufgehobene Urteil dazwischen läge. Sind für diese Verhandlung gewisse prozessualische Vorgänge bindend oder gewisse Erklärungen nicht mehr zulässig (vgl. §§ 489, 490, 491 Abs. 2, 492, 494, 495) oder durch ein früheres Zwischenurteil ausgeschlossen, so bestehen diese Beschränkungen auch für die neue Verhandlung. Im übrigen ist die Verhandlung unbeschränkt, es können neue Angriffs- und Verteidigungs- sowie Beweismittel vorgebracht werden [RG. 11. Dez. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1122, 7. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 87 S. 411, 12. Dez. 1892 SA. XLVIII Nr. 225 I, 18. Febr. 1893 eod. Nr. 225 II]. Die frühere, nicht vernichtete Beweisaufnahme behält ihre Bedeutung [RG. 4. Nov. 1881 Entsch. VI Nr. 115 S. 376 f., 29. Nov. 1881 SA. XXXVII Nr. 271]. Beide Parteien können innerhalb des zur wiederholten Verhandlung verwiesenen Prozeßstoffs Anträge stellen, die über die in der früheren Berufungsverhandlung gestellten hinausgehen; der Berufungskläger kann, soweit kein Verzicht auf die Berufung vorliegt, früher nicht angefochtene Teile des Urteils angreifen; der Berufungsbeklagte kann Anschlußanträge stellen, obwohl er in der früheren Verhandlung nur die Verwerfung der Berufung beantragt hatte. [Vgl. Struckmann a. a. O. S. 404 ff., RG. 22. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 121 S. 408, 27. Nov. 1889 SA. XLVI Nr. 68, 2. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 756, 18. Febr. 1893 eod. XXXVIII S. 168. AM. Vierhaus a. a. O. S. 449 ff., der daraus, daß die zweite Verhandlung vor dem Berufs.Ger. Fortsetzung der Rev.Instanz ist, folgert, daß Anschlußanträge nicht mehr möglich seien. Der Schluß ist aber unrichtig, weil auch in der Rev.Instanz noch Änderungsanträge gestellt werden können, die über die Berufungsanträge hinaus gehen; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 522.] Bei der Entscheidung hat der Richter, abgesehen von der ad b und c erörterten Gebundenheit, das Ergebnis der Verhandlung frei zu beurteilen; er kann insbesondere in diesem Stadium noch über die Zulässigkeit des ganzen Verfahrens entscheiden, z. B. wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs auf absol. ab inst. erkennen. — Ist nicht nur die Entscheidung, sondern auch das Verfahren ganz oder teilweise aufgehoben, so können die betroffenen Prozeßhandlungen (Geständnisse, Eideserklärungen, Beweisaufnahmen ꝛc.) bei der Entscheidung nicht benutzt werden. [Vgl. Vierhaus a. a. O. S. 236 ff.]

e) Das Ber.Ger. hat die Rechtsansicht des Rev.Ger. seiner Entscheidung zu Grunde zu legen, d. h. es hat so zu entscheiden, wie das Rev.Ger. bezüglich des betreffenden Punktes entschieden haben würde, wenn es selbst erkannt hätte. Dies gilt selbst dann, wenn das Revisionsgericht in einer späteren Entscheidung eines anderen Falls die in dem Urteile vertretene Ansicht aufgegeben hat [RG. 7. Juni 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1167]. Wurde das Urteil wegen eines Mangels im Verfahren aufgehoben, so sind in dem neuen Verfahren die zu Grunde liegenden Rechtsansichten des Rev.Ger. zu befolgen [Beispiele s. RG. Entsch. IV S. 375 ff., VI S. 351 ff., VII S. 389]. Hat das Rev.Ger. nur die Rechtsnorm fixiert, so fällt dem Ber.Ger. die Feststellung der Thatsachen und deren Subsumtion unter die Rechtsnorm zu. Hat das Rev.Ger. bereits die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsnorm selbst vorgenommen, z. B. ausgesprochen, daß in dem gegebenen Falle das Gericht zuständig sei, oder daß in dem gegebenen Falle eine Superfizies nicht ersessen sei, während die Frage, ob eine andere Servitut ersessen sei, unerledigt blieb [RG. VII S. 144 ff.], so ist diese Thatsachensubsumtion für das Berufs.-Ger. maßgebend. Aber auch nur die Subsumtion der vom Rev.Ger. beurteilten That-

Digitized by Google

sachen; andere, insbesondere solche Thatsachen, die in der Verhandlung nach der Zurückverweisung neu vorgebracht sind, unter den vom Rev.Ger. aufgestellten Rechtssatz zu subsumieren, ist Sache des Ber.Ger. Eine reformatio in peius kann auch in diesem Stadium ohne Anschließung nicht erfolgen.

f) Das auf Grund der neuen Verhandlung ergangene kontradiktorische Urteil des Beruf.Ger. unterliegt abermals der Revision. Abgesehen von anderen Gesetzesverletzungen kann die Revision insbesondere auch auf Verletzung des § 528 Abs. 2 gestützt werden. Das Rev.Ger., an das die Sache zum andernmal gelangt, darf von seiner früheren Entscheidung nicht abgehen, m. a. W.: die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß die vom Rev.Ger. früher ausgesprochene Rechtsansicht unrichtig sei [vgl. Bierhaus a. a. O. S. 246 ff.]. Dies folgt aus § 528 Abs. 2; die Gebundenheit des Berufungsgerichts hätte sonst keinen Zweck. [AM. Hellmann Jur. WSchr. 1882 S. 213 ff. und Lehrb. S. 755.]

g) Wird an die erste Instanz zurückverwiesen (s. o. Bem. Nr. 1 Abs. 2), so finden die entwickelten Sätze auf die Verhandlung und Entscheidung dieser Instanz entsprechende Anwendung. Gegen das Endurteil findet Berufung statt. Auch für das Beruf.Ger. gilt § 528 Abs. 2.

3. Zu Abs. 3 Nr. 1: Ist das Rev.Ger. der Ansicht, daß die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe, so hat es in der Sache selbst zu entscheiden unter der doppelten Voraussetzung, daß das von dem Beruf.Ger. festgestellte Sachverhältnis nicht oder doch ohne Erfolg angegriffen und daß nach dem unverändert gebliebenen Sachverhältnisse die Sache zur Endentscheidung reif ist.

Die erste Voraussetzung fehlt, wenn ein Gesetz bei der Feststellung des Sachverhältnisses (s. § 516 Nr. 3) verletzt ist. Das Rev.Ger. kann in diesen Fällen niemals das Urteil des Berufungsgerichts durch eine Entscheidung zur Sache selbst ersetzen, sondern es hat die Verletzung des Gesetzes festzustellen, das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Hat das Beruf.Ger. eine thatsächliche Behauptung übergangen, die nach dem Sitzungsprotokolle vorgebracht ward, so ist die Sache zurückzuverweisen, selbst wenn die Thatsache unbestritten war. Die Motive bemerken:

„Es kann allerdings Fälle geben, in welchen die Ergänzung der Feststellungen durch Einfügung einer als omittiert nachgewiesenen Thatsache wenig bedenklich erscheinen mag, weil nur eine thatsächliche Auffassung derselben möglich zu sein scheint. Jedoch unter anderen Umständen kann selbst die Einfügung einer unbestrittenen und nicht bloß zu dem Gange des Verfahrens, sondern zu den Umständen des streitigen Falles gehörigen Thatsache ein weites Feld thatsächlicher Würdigung eröffnen, z. B. wenn die bezügliche Thatsache nicht unmittelbar und selbständig von Einfluß auf die Entscheidung ist."

Hat das Beruf.Ger. eine thatsächliche Behauptung als unerweisbar angenommen, indem es die Eideszuschiebung oder -zurückschiebung als unzulässig erachtet, während das Rev.Ger. die Eideszuschiebung oder -zurückschiebung für zulässig hält, so ist nicht vom Rev.Ger. ein Eidesurteil zu erlassen, sondern die Sache ist zurückzuverweisen. Das Gleiche gilt von dem umgekehrten Falle, daß das Beruf.Ger. durch bedingtes Urteil auf Eid erkannt hat und das Rev.Ger. den Eid für unzulässig erachtet [vgl. v. Kries Rechtsm. S. 341 ff.].

Die zweite Voraussetzung fehlt, wenn nach dem vom Beruf.Ger. festgestellten Sachverhältnisse die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist. Endentscheidung ist nur das den Prozeß abschließende, nicht auch das bedingte Endurteil; das Rev.Ger. kann kein bedingtes Endurteil erlassen. [So auch Struckm. Koch N. 4 Abs. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 107 bei N. 20, Petersen (2) S. 763. Dagegen wird im U. d. RG. v. 19. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1117 beiläufig ein vom Rev.Ger. erlassenes bedingtes End-

Digitized by Google

urteil erwähnt, wodurch die Eidesformel des bedingten Urteils der ersten Instanz geändert wurde, und ausgesprochen, daß dessen Erledigung der ersten Instanz zufalle. Dieses Verfahren steht mit dem Gesetze nicht im Einklange.] Wegen Mangels der Reife zur Endentscheidung muß insbesondere dann zurückverwiesen werden, wenn eine als bestritten in dem Thatbestande des Berufungsurteils erwähnte Thatsache, die von dem Beruf.Ger. für unerheblich erachtet und daher weder als erwiesen noch als unerwiesen festgestellt ist, von dem Rev.Ger. für erheblich erachtet wird. Das Rev.Ger. kann nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Thatsache entscheiden [vgl. v. Kries Rechtsm. S. 343].

4. Zu Abs. 3 Nr. 2: Die Motive bemerken:

„Ist wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits auch von dem Gerichte erster Instanz nicht zu geben, so würde die Enthaltung des Revisionsgerichts von der zu erlassenden, die Klage abweisenden Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache keinen Zweck haben, da die anzuwendenden Rechtsnormen jede thatsächliche Erörterung ausschließen."

In diesen Fällen entscheidet das Rev.Ger. in der Sache selbst, obwohl Mängel des Verfahrens vorliegen. Es macht keinen Unterschied, ob die Revision gegen ein Zwischenurteil oder gegen ein Endurteil gerichtet ist. Im einen wie im anderen Falle muß das Rev.-Ger. auf abs. ab inst. erkennen, wenn es die Zulässigkeit des Rechtswegs oder die Zuständigkeit verneint. — Verweisung an das zuständige Gericht (§ 249) kann vorkommen, wenn der Antrag auf Verweisung gestellt wird; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 249.

Die in Nr. 2 des § 528 aufgeführten zwei Fälle sind nicht die einzigen, in denen das Rev.Ger., ohne das festgestellte Sachverhältnis anzutasten, mit Rücksicht auf Prozeßrechtsnormen, die das Beruf.Ger. nach Ansicht des Rev.Ger. verletzt hat, ohne Zurückverweisung zur definitiven Entscheidung gelangen kann. Eine derartige Entscheidung ist überall möglich, wo das Berufungsgericht irrtümlich die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen oder die formale Zulässigkeit der Klage des Einspruchs oder der Berufung als vorhanden angenommen hat. Da aber das Gesetz in Nr. 2 des § 528 zwei Fälle des Mangels von Prozeßvoraussetzungen besonders heraushebt, so entsteht der Zweifel, ob das Rev.Ger. in den anderen Fällen, in denen es aus prozessualischen Gründen, entgegen der Ansicht des Beruf.Ger., zur abs. ab inst., zur Verwerfung des Einspruchs oder der Berufung als unzulässig gelangt, ein abweisendes Urteil zu fällen oder die Sache zurückzuverweisen hat. Daß die Zurückverweisung zwecklos wäre, ist klar. Damit ist freilich noch nicht erwiesen, daß das Gesetz sie nicht gebieten könnte. Aber die Vorschrift der Nr. 1 des § 528 ergiebt, daß das Rev.Ger. auch in jenen anderen Fällen die Sache selbst erledigen muß. In Nr. 1 ist nichts von einer Beschränkung auf die Fälle enthalten, in denen die Aufhebung wegen unrichtiger Anwendung des materiellen Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt; Nr. 1 umfaßt also auch die Fälle unrichtiger Anwendung des Prozeßrechts auf das festgestellte Sachverhältnis. Das Revisionsgericht muß daher selbst entscheiden, wenn auf das ordnungsmäßig festgestellte Sachverhältnis die Prozeßrechtsnormen unrichtig angewendet sind und die Entscheidung auf Grund des festgestellten Sachverhältnisses erfolgen kann. Diese Auslegung der Nr. 1 kann nicht durch Hinweis auf die Worte „in der Sache beseitigt" werden. „In der Sache" ist nicht gleichbedeutend mit „in der Hauptsache". Nur dieser Ausdruck bezeichnet den materiellrechtlichen im Gegensatze zum prozeßrechtlichen Stoffe des Prozesses. „In der Sache" bezeichnet hier den Gegensatz zur Aufhebung ohne positive Entscheidung. Allerdings ist bei dieser Auslegung die Nr. 2 eigentlich überflüssig. Sie hat nur deklarative Bedeutung, indem sie zwei der praktisch wichtigsten Fälle ausdrücklich so entscheidet, wie sie schon nach Nr. 1 zu entscheiden wären. [So auch Struckm. Koch (6) N. 5 Abs. 3, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 108 bei N. 22. AM. Wach Vortr. S. 214; wieder

Digitized by Google

anders v. Kries Rechtsm. S. 347. Das U. d. RG. 29. Sept. 1880 Entsch. II S. 399 verwirft eine vom Beruf.Ger. als zulässig erachtete Berufung als unzulässig ohne Zurückverweisung unter Anführung von § 528 Abs. 3 Nr. 1 und stellt sich damit auf den hier vertretenen Standpunkt.]

5. Zu Abs. 4: Die Vorschrift hängt mit der Revisionsbeschränkung des § 511 zusammen. Nach dem Entwurfe war die Zurückverweisung obligatorisch. Nach dem Gesetze steht dem Rev.Ger. die Wahl zwischen eigener Entscheidung und Zurückverweisung zu. Es giebt Fälle, wo ein klarer und unbestrittener Rechtssatz des nicht revisiblen Rechts anzuwenden ist; dann würde die Zurückverweisung unnötige Kosten machen (KPr. S. 271).

6. Entscheidet das Revisionsgericht selbst zur Sache, so ist das Verfahren über die Aufhebung des Urteils nicht von dem anderen Verfahren getrennt (Mot. S. 326 f.).

7. Wird die Revision verworfen, so ist der Revisionskläger in die Kosten zu verurteilen (§ 92 Abs. 1). Wird der Revision stattgegeben und entscheidet das Revisionsgericht in der Sache selbst, so hat es über die Kosten aller Instanzen nach den §§ 87, 88 zu entscheiden. Verweist das Revisionsgericht zurück, so bleibt die Entscheidung über die Kosten vorbehalten. Das Berufungsgericht hat dann über die Prozeßkosten, zu denen auch die Kosten der Revisionsinstanz gehören, zu entscheiden.

§ 529.*

Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben über die Vertagung der mündlichen Verhandlung, über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden, über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, über den Vortrag der Parteien bei der mündlichen Verhandlung und über die Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten finden auf die Revision entsprechende Anwendung.

Mot. S. 327, 328. KPr. S. 272, 559.

1. „Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile" — s. §§ 474, 482 Abs. 2. Gemeint sind hier die Versäumnisurteile des Berufungsgerichts. Auf die Revision gegen Versäumnisurteile finden die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 474 entsprechende Anwendung. Die in Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 474 behandelte Frage ist für die Revisionsinstanz gegenstandslos, da hier neues thatsächliches Vorbringen des Beklagten unmöglich ist. Wegen Anfechtbarkeit der Versäumniszwischenurteile s. Bem. Nr. 3 zu § 474.

2. „Verzichtleistung" -- s. § 475 nebst den Bemerkungen.

3. „Zurücknahme" — s. § 476 nebst den Bemerkungen.

4. „Vertagung der mündlichen Verhandlung" — s. § 486 nebst den Bemerkungen.

5. „Verhandlung prozeßhindernder Einreden" — s. § 490. Neu entstehen kann in der Revisionsinstanz nur die Kautionseinrede (§ 247 Nr. 5); darüber s. Bem. Nr. 1 zu § 103, Bem. Nr. 3 zu § 104 und Bem. Nr. 3 zu § 105. Die in der Vorinstanz eingetretene Ausschließung der damals schon vorhandenen verzichtbaren Einreden dauert fort. Solche Einreden können in der Revisionsinstanz nicht nachgebracht werden, auch wenn die beklagte Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande war, die Einreden in den früheren Instanzen vorzubringen; denn das Gesetz ist nicht verletzt, wenn eine derartige Einrede nicht vorgebracht und also nicht berücksichtigt ist. Nicht verzichtbare Einreden (s. Bem. Nr. 11 zu § 247) können auch in der Revisionsinstanz vorgebracht und durch neue Thatsachen begründet werden; denn bei diesen handelt es sich um von Amts-

Digitized by Google

wegen zu beachtende Mängel; die Nichtbeachtung ist Verletzung einer Prozeßrechtsnorm; zur Begründung solcher Verletzung sind neue Thatsachen zulässig (§ 524).

6. „Prüfung der Zulässigkeit" — s. § 497. Auch das Vorhandensein der Revisionssumme und die Revisibilität des verletzten Gesetzes sind als Voraussetzungen der Zulässigkeit von Amtswegen zu prüfen.

7. „Vortrag der Parteien" s. § 488 nebst den Bemerkungen.

8. „Einforderung und Rücksendung der Prozeßakten" — s. § 506 nebst den Bemerkungen.

Dritter Abschnitt.
Beschwerde.

1. Über die einfache Beschwerde (querela simplex) des früheren Prozesses s. Wetzell Syst. § 61, Renaud Lehrb. §§ 182 f. Im Grundgedanken schließt sich die Beschwerde der CPrO. jener an. Über die Beschwerde der CPrO. s. v. Kries Rechtsmittel S. 376 ff., Barazetti die Rechtsm. der Berufung und der Beschwerde S. 192 ff.

2. Die Beschwerde ist das Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die keine Endurteile sind. Gemeinsam ist allen Fällen der Beschwerde das negative Merkmal, daß es sich nicht um sachliche Entscheidung der Hauptsache handelt. Aber die Beschwerde ist nicht bei allen Entscheidungen, die keine Endurteile sind, zulässig. — Die Motive S. 39 bemerken:

> „Den Gegenstand der Anfechtung bilden verhältnismäßig unbedeutende Entscheidungen, welche nicht wohl in einer allgemeinen Gesetzesformel zusammengefaßt werden können. Während die übrigen Rechtsmittel nur sachliche Entscheidungen, welche nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Verhältnisse einer Partei zur andern ergangen sind, zum Gegenstande haben, fallen dem Gebiete der Beschwerde Entscheidungen anheim, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen Parteien oder dritten Personen bezielen oder eine sachliche Entscheidung nicht enthalten. Nur ganz ausnahmsweise sind Entscheidungen, auf welche diese Kriterien nicht passen, dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen, weil die untergeordnete Bedeutung der Entscheidungen die Anwendung der einfacheren Prozeßformen rechtfertigt."

Die Entscheidung über die Beschwerde steht der höheren Instanz zu (§ 531). Die Beschwerde hat regelmäßig keine aufschiebende Kraft; Ausnahmen: § 535 Abs. 1. Die einfache Beschwerde ist unbefristet, die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen einzulegen. Die Beschwerde ist nicht durch das Vorhandensein einer Beschwerdesumme bedingt. Nach den in Bem. Nr. 1 litt. a Abs. 2 zu § 472 (S. 601) cit. Gesetzen ist die Beschwerde in den zur Zuständigkeit des Konsuls und in den zur Zuständigkeit des Gerichtsbeamten in den deutschen Schutzgebieten gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht zulässig, wenn der Wert des Streitgegenstandes die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt.

3. Die nach den Regeln der CPrO. zu behandelnde Beschwerde kommt außerhalb der CPrO. in folgenden Gesetzen vor: in der KO. § 66 Abs. 3; im GKG. § 4 [dazu vgl. RG. verein. CS. 15. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 69 S. 291 ff.], §§ 16 Abs. 2, 47 Abs. 2, 48 Abs. 2, in der GO. f. GV. § 22, in der GO. f. Z. u. Sachv. § 17 Abs. 3, in der RAO. §§ 35 Abs. 2, 36 Abs. 2 in der GO. f. RA. § 12, im GVG. § 175 Abs. 2 in der Fass. d. RG. v. 5. April 1888 (RGBl. S. 133), wenn der Beschluß über Ausschließung der Öffentlichkeit im Civilprozesse erlassen ist, im Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 78 Abs. 2, § 105 Abs. 2 und im RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 55. — Ferner findet sich die Beschwerde als Rechtsmittel gegen Ablehnung oder

Digitized by Google

Gewährung der Rechtshülfe im GVG. § 160 und als Rechtsmittel gegen Ordnungsstrafen im GVG. § 183. Auf diese Beschwerde finden die Bestimmungen der CPrO. nur, wenn sie durch ein civilprozessualisches Verfahren veranlaßt ist, und nur insoweit Anwendung, als nicht die cit. §§ Abweichungen enthalten. — Landesgesetzlich finden die Vorschriften der CPrO. über Beschwerde vielfach in anderen Sachen Anwendung, z. B. preuß. AG. z. CPrO. §§ 5, 6, 28, 29, preuß. Hinterl.Ordnung § 26, preuß. AG. z. KO. § 33, preuß. Subh.-Ordn., bay. AG. z. CPrO. Art. 56—68, 160.

4. Das Gesetz enthält keine Vorschriften über den Verzicht auf die Beschwerde und über die Zurücknahme der Beschwerde. Der nordd. Entw. (§ 832) verwies auf die entsprechenden Bestimmungen für die Berufung. Obwohl das Gesetz keine solche Verweisung enthält, so wird man die §§ 475, 476 auf die Beschwerde entsprechend anwenden dürfen. Die Beschwerde kann zu jeder Zeit — nicht bloß bis zur mündlichen Verhandlung des Gegners — ohne Einwilligung des Gegners zurückgenommen werden. Die Zurücknahme kann in jeder prozessualisch zulässigen Form erklärt werden; also mündlich in dem Verhandlungstermine, in einem dem Gerichte eingereichten Schriftsatze und in den Fällen, wo protokollarische Erhebung der Beschwerde zugelassen ist (s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532), auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Die Kosten muß derjenige tragen, welcher die Beschwerde zurückgenommen hat.

5. Über die Gebühren s. GKG. § 45 (3/10); GO. f. RA. § 41 Nr. 3 (3/10).

6. Eine Beschwerde wegen Justizverweigerung (querela de denegata vel protracta iustitia) — s. Wetzell Syst. § 61, Renaud Lehrb. § 193 — ist weder in der CPrO. noch im GVG. vorgesehen. Die in dieser Richtung nötigen Vorschriften sind als Bestandteile der Gerichtsdisziplin und Oberaufsicht des Landesgesetzgebung überlassen, soweit Landesgerichte in Frage kommen (KPr. S. 272, KPr. z. GVG. S. 144 ff.). Vgl. preuß. AG. z. GVG. § 85, bay. AG. z. GVG. Art. 73, 74, württ. AG. zu GVG. Art. 23, bad. Einf.Ges. vom 3. März 1879 §§ 17, 18. Über die Befugnis des Reichsgerichts, im Falle der Justizverweigerung durch ein Gericht des Reichslandes Elsaß-Lothringen ein avertissement auf Grund des Code pénal art. 185 zu erlassen, s. RG. 8. Juli 1889 Entsch. XXIV Nr. 89 S. 408 ff. — Vgl. a. Reichsverfassung Art. 77.

§ 530.

Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

Mot. S. 39, 328, 329. KPr. S. 272, 559.

1. Gegen folgende Entscheidungen ist Beschwerde ausdrücklich als zulässig erklärt:

*1) Zurückweisung der Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen (§§ 46, 49, 371);

*2) Entscheidung des Zwischenstreits einer Partei mit einem Nebenintervenienten, mit dem Anwalte des Gegners, mit einem Zeugen oder Sachverständigen (§§ 68, 126, 352, 367);

*3) Verurteilung von Gerichtsschreibern, gesetzlichen Vertretern, Bevollmächtigten und Gerichtsvollziehern zur Tragung von Kosten (§ 97);

*4) Festsetzung der einer Partei zu erstattenden Prozeßkosten (§ 99);

5) Versagung oder Entziehung des Armenrechts (§ 118);

6) Anordnung der Aussetzung (§ 229);

Digitized by Google

*7) Ablehnung des Aussetzungsantrags (§ 229);
*8) Berichtigung des Urteils (§ 290);
*9) Versagung des Versäumnisurteils (§ 301);
10) Verurteilung eines Zeugen oder Sachverständigen zu Strafe und Kosten, sowie Anordnung von Zwangsmaßregeln gegen diese Personen (§§ 345, 355, 367, 374) gegen den Beklagten in Ehesachen (§ 579);
*11) Ablehnung der Entmündigung (§§ 604, 621) und Wiederaufhebung der Entmündigung (§ 619 Abs. 2), mit Ausnahme der Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Verschwendung (§ 625 Abs. 2);
*12) Zurückweisung eines Gesuchs um den Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren (§ 639);
*13) Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren, die ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können (§ 701);
*14) Entscheidung, wodurch ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird (§§ 813 Abs. 4, 815);
*15) Versagung des Ausschlußurteils im Aufgebotsverfahren (§ 829).

Unter diesen Entscheidungen sind vier Zwischenurteile (ad 2); die Entscheidungen ad 10 sind Beschlüsse, wenn sie vom Prozeßgerichte, Verfügungen, wenn sie vom beauftragten oder ersuchten Richter erlassen werden; die Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren (ad 13) sind teils Verfügungen, teils Beschlüsse; die übrigen Entscheidungen sind Beschlüsse.

In den mit * bezeichneten Fällen findet die **sofortige** Beschwerde statt.

2. Die Beschwerde findet ferner statt gegen solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen (Beschlüsse und Verfügungen), wodurch ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird. Muß der Entscheidung eine mündliche Verhandlung vorhergehen, so findet keine Beschwerde statt, wenn sie nicht ausdrücklich zugelassen ist (s. Bem. Nr. 1). Kann aber eine Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung erfolgen (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), so ist die Beschwerde auch zulässig, wenn nach mündlicher Verhandlung entschieden worden ist. Die Entscheidung muß ergangen sein über ein Gesuch, welches das Verfahren (im Gegensatze zum materiellen Rechte) betrifft [vgl. Fitting Ztschr. f. d. CPr. VII S. 243 ff.]. Der Antrag, den Gegner in die Gebühr des § 48 des GKG. zu verurteilen, betrifft das Verfahren nicht; dessen Abweisung unterliegt daher nicht der Beschwerde [RG. 27. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 106 S. 392]. Nur die Entscheidung, die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweist, ist mit Beschwerde anfechtbar. Die Entscheidung, die einem Gesuche stattgiebt, ist nur anfechtbar, wenn sie unter Bem. Nr. 1 fällt. — Von der Regel, daß zurückweisende Entscheidungen der Beschwerde unterliegen, sind dann wieder die Entscheidungen ausgenommen, die im Gesetze ausdrücklich als unanfechtbar bezeichnet sind. Das Verzeichnis dieser Entscheidungen s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 473; dazu § 625 Abs. 2. Unanfechtbar sind Entscheidungen der Gewerbegerichte über die Festsetzung der Kosten nach § 55 Abs. 1 d. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141).

3. Wird in der Berufungsinstanz eine Entscheidung erlassen, gegen die nach § 530 die Beschwerde eingelegt werden kann, so wird die Beschwerde nicht dadurch gehindert, daß das von dem Berufungsgerichte erlassene Endurteil durch ein Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar ist (Mot. S. 329).

§ 531.

Über die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Digitized by Google

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.

Mot. S. 329, 330. EPr. S. 272, 550, 622, 623.

1. Zu Abs. 1: Die Landgerichte sind die Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten (GVG. § 71). Für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte sind die Oberlandesgerichte, für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte ist das Reichsgericht und in den Fällen des EG. z. GVG. § 8 Abs. 1 das oberste Landesgericht zuständig. Abweichende Bestimmungen über die Zuständigkeit enthält das GVG. in §§ 160 und 183 Abs. 3 für die dort behandelten Beschwerden. Nach RG. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit (RGBl. S. 197) § 18 ist in den vor dem Konsul und den Konsulargerichten verhandelten Streitigkeiten zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde das Reichsgericht zuständig. Nach RG. betr. die Rechtsverh. der deutschen Schutzgebiete in der Redaktion der Bekanntm. v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) § 3 Nr. 9 findet der § 18 des cit. Ges. ü. d. Konsulargerichtsbarkeit auf das gerichtliche Verfahren in den Schutzgebieten mit dem Abmaße Anwendung, daß durch Kais. Verordn. als Beschwerdegericht an Stelle des Reichsgerichts ein Konsulargericht oder ein Gerichtshof im Schutzgebiete bestimmt werden kann. Solche Verordnungen s. in Bem. Nr. 3 vor § 472 (S. 600). Gegen die Entscheidungen des Reichsgerichts und der an dessen Stelle durch VO. bestimmten Gerichten findet kein weiteres Rechtsmittel statt. Zur Entscheidung über Beschwerden gegen Entscheidungen der Gewerbegerichte ist das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk das Gewerbegericht seinen Sitz hat (RG. v. 29. Juli 1890, RGBl. S. 141, § 55 Abs. 2).

2. Zu Abs. 2: Litteratur: v. Völderndorff Ztschr. f. d. CPr. I S. 17 ff., Brettner eod. I S. 247 ff. u. V S. 492 ff., Fitting eod. II S. 284 ff., Schmidt eod. III S. 20 ff., v. Kries Rechtsmittel S. 376 ff., Barazetti a. a. O. S. 217 ff.

Im Entw. III war die Revision auf den Fall von sententiae difformes beschränkt (s. Bem. Nr. 1 zu § 508). Dazu stimmte die Vorschrift, daß weitere Beschwerde nur gestattet ist, wenn ein neuer selbständiger Beschwerdegrund in der Entscheidung des Beschwerdegerichts enthalten ist (Mot. S. 330). Für die Revision ist das Erfordernis der Difformität beseitigt, für die weitere Beschwerde beibehalten. Die weitere Beschwerde ist nicht durch eine Beschwerdesumme bedingt (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 Abs. 3 vor § 530). Sie ist nicht, wie die Revision, auf Gesetzesverletzungen beschränkt.

a) Gegen die Entscheidung, wodurch die Beschwerde als formell unzulässig verworfen wird (§ 537), findet eine weitere Beschwerde statt; denn diese Entscheidung steht sachlich mit dem früheren Beschwerdegrunde in keinem Zusammenhang; sie enthält einen neuen selbständigen Beschwerdegrund. [Vgl. v. Kries a. a. O. S. 396 ff., v. Völderndorff a. a. O. S. 24 ff., Brettner a. a. O. I S. 252, Schmidt a. a. O. S. 26, Barazetti a. a. O. S. 240 ff., RG. 29. April 1880 Entsch. I Nr. 156 S. 431, 3. Nov. 1880 SA. XXXVII Nr. 272, 8. März 1881 Entsch. IV Nr. 99 S. 362, 10. Dez. 1881 IV Nr. 124 S. 432, 30. Dez. 1882 XII Nr. 95 S. 355, 10. Aug. 1885 XIV Nr. 109 S. 388, 11. Dez. 1885 XV Nr. 107 S. 391, 10. Febr. 1886 XVI Nr. 71 S. 317, 20. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. PR. XXX S. 1150, 19. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 86 S. 397, 29. Dez. 1892 XXX Nr. 127 S. 395; in dieser Entscheidung wurde weitere Beschwerde zugelassen gegen eine Entscheidung, die die Beschwerde als unbegründet verwarf, weil sich aus den Gründen ergab, daß das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig verwerfen wollte.] Wenn aber zwei die Beschwerde für unzulässig erklärende Beschlüsse vorliegen, ist eine Beschwerde zur vierten

Digitized by Google

Instanz unstatthaft [RG. 10. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 124 S. 432]. Ist gegen eine die Beschwerde als unzulässig verwerfende Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt und erachtet das für die weitere Beschwerde zuständige Gericht die erste Beschwerde für zulässig, so wird es über diese nicht selbst entscheiden, sondern den Beschluß der Vorinstanz aufheben und diese anweisen, über die erste Beschwerde zu entscheiden. [Vgl. RG. 10. Aug. 1885 Entsch. XIV Nr. 109 S. 389 u. die Bem. zu § 538].

b) Wurde die Beschwerde als unbegründet verworfen, so liegen zwei konforme Entscheidungen vor. Dann ist weitere Beschwerde unstatthaft. Es kommt nicht darauf an, ob die Gründe der zwei Entscheidungen übereinstimmen [RG. 11. Nov. 1879 Entsch. I Nr. 81 S. 225, 10. Febr. 1886 XVI Nr. 71 S. 318, 4. Jan. 1887 XVII Nr. 92 S. 371, 14. Juni 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1139, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 509, bay. ob. LG. SA. LV Nr. 148; vgl. a. v. Völderndorff a. a. O. S. 22 ff., Fitting a. a. O. S. 290. AM. Brettner a. a. O. S. 351 und, wie es scheint, v. Kries a. a. O. S. 395 ff.]. Daher ist weitere Beschwerde auch dann ausgeschlossen, wenn die erste Beschwerde zufolge neuen Vorbringens des Gegners verworfen wurde [vgl. RG. 9. Sept. 1890 SA. XLVI Nr. 72]. Es kann sein, daß die zwei Entscheidungen nur teilweise übereinstimmen; dann ist, soweit die Übereinstimmung besteht, eine weitere Beschwerde unzulässig; z. B. das Amtsgericht setzt die Kosten auf 30 ℳ fest; das Landgericht setzt sie auf Beschwerde des Schuldners auf 20 ℳ herab; dann kann der Schuldner nicht eine weitere Abminderung unter 20 ℳ durch Beschwerde erreichen; der Gegner kann sich über die Herabsetzung beschweren. [Vgl. RG. 28. April 1883 Entsch. XIV Nr. 88 S. 321, 16. Mai 1885 SA. XLI Nr. 76, 24. Okt. 1892 Entsch. XXX Nr. 99 S. 340.] Ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts, obwohl sie formell nur die Beschwerde verwirft, dem Beschwerdeführer inhaltlich ungünstiger, als die angefochtene Entscheidung, so ist die weitere Beschwerde statthaft [vgl. RG. 11. Nov. 1879 Entsch. I Nr. 81 S. 223, 28. Jan. 1885 XIII Nr. 79 S. 320, 6. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1127, 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 317 ff., 24. Febr. 1888 Entsch. XXI Nr. 64 S. 335, 18. Nov. 1893 XXXII Nr. 15 S. 56, OLG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 418]. — Aber auch gegen die mit der ersten Entscheidung übereinstimmende Entscheidung findet die weitere Beschwerde aus dem Grunde statt, daß in der Beschwerdeinstanz eine für die Entscheidung kausale Verletzung von Prozeßrechtsnormen stattgefunden habe. So z. B. wenn das Beschwerdegericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war; wenn bei der Entscheidung ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat; wenn das Gericht nicht zuständig war; wenn das Beschwerdegericht, entgegen der Vorschrift des § 533, neue Thatsachen oder Beweise zu berücksichtigen ablehnte [RG. 4. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 92 S. 371]; wenn das Beschwerdegericht die Würdigung eines vorgebrachten Beschwerdegrundes versehentlich unterließ [RG. 20. Aug. 1887 Entsch. XVIII Nr. 100 S. 425 ff., 24. Okt. 1892 XXX Nr. 99 S. 338 f.] oder wenn das Beschwerdegericht nach Anordnung mündlicher Verhandlung (§ 536) die Beschwerde des nicht erschienenen Beschwerdeführers ohne sachliche Prüfung auf Grund der irrtümlichen Annahme verwarf, es sei der § 295 entsprechend anzuwenden. — Daß gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, das eine Strafe nach GVG. § 179 verhängt, die Beschwerde möglich ist, gehört nicht hierher. Die Strafverfügung ist selbständige Entscheidung, die dagegen erhobene Beschwerde erste Beschwerde. [Unrichtig v. Völderndorff a. a. O. S. 23.]

c) Wurde die Beschwerde für begründet erachtet, so hat der Gegner das Recht zu weiterer Beschwerde. Es liegen sententiae difformes vor. Die abändernde Entscheidung ist ein neuer selbständiger Beschwerdegrund. [So auch die meisten Kommentatoren sowie v. Völderndorff a. a. O. S. 22, Brettner a. a. O. S. 247 ff., Fitting a. a. O. S. 284 ff.,

Digitized by Google

Barazetti a. a. O. S. 229 ff., RG. 11. Nov. 1879 Entsch. I Nr. 82 S. 225, 5. Jan. 1880 I Nr. 84 S. 230, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 497; vgl. a. RG. Entsch. I Nr. 86 S. 234 f., II Nr. 120 S. 414, IX Nr. 99 S. 362, V Nr. 124 S. 432, XIII Nr. 77 S. 312. AM. v. Sarwey I S. 714, Kleiner II S. 605, Hellmann Lehrb. S. 766. Gegen die von Sarwey und Kleiner aus der württ. PrO. § 777 entnommenen Argumente s. Gaupp II S. 116 N. 4.] Nur dann steht dem Gegner des Beschwerdeführers gegen die abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts keine Beschwerde zu, wenn er nach den Regeln des § 530 gegen eine Entscheidung des Inhalts, wie sie das Beschwerdegericht trifft oder anordnet, kein Beschwerderecht hat. [Vgl. RG. 13. Juli 1893 Entsch. XXXI Nr. 103 S. 411.] Z. B. ein Gesuch um Terminsbestimmung wurde zurückgewiesen, das Beschwerdegericht entscheidet, daß Termin zu bestimmen sei; der Gegner kann den Beschluß nicht anfechten, weil er auch eine Terminsbestimmung in der Vorinstanz nicht anfechten kann [RG. 15. Juni 1893 SA. XLIX Nr. 132]. Oder ein Gesuch um Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis ist abgewiesen worden; das Beschwerdegericht giebt dem Antrage statt; der Gegner hat so wenig das Recht zur Beschwerde, als er dieses Rechtsmittel gegen die dem Antrage stattgebende Entscheidung der Vorinstanz gehabt hätte. Oder: ein Arrestgesuch ist abgewiesen worden; das Beschwerdegericht ordnet Arrest an; der Gegner hat sowenig ein Beschwerderecht, wie gegen den Arrestbeschluß erster Instanz [RG. 18. Sept. 1885 Entsch. XIV Nr. 110 S. 391]. Dagegen hat das RG. 24. Juni 1892 Entsch. XXX Nr. 94 S. 323 ff. weitere Beschwerde gegen einen Beschluß des Beschwerdegerichts zugelassen, wodurch unter Aufhebung eines Berichtigungsbeschlusses ein Berichtigungsgesuch abgewiesen wurde, trotz § 290 Abs. 3, was unrichtig sein dürfte. — Würden bei der Abänderung dem Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt, so würde darin zwar ein neuer Beschwerdegrund gelegen sein; aber die weitere Beschwerde ist durch § 94 ausgeschlossen [RG. 22. Sept. 1880 SA. XXXVI Nr. 80, 24. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 97 S. 340, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIV S. 80].

d) Hat infolge der weiteren Beschwerde ein Oberlandesgericht als Beschwerdegericht wiederum anders, als eine der Vorinstanzen entschieden, so steht gegen die Entscheidung des OLG. noch eine weitere Beschwerde zum Reichsgericht oder obersten Landesgericht offen. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 118, Fitting a. a. O. S. 295, Barazetti a. a. O. S. 229 ff., RG. v. 5. Jan. 1880 Entsch. I Nr. 84 S. 230, 20. März 1880 I Nr. 86 S. 235, 3. Nov. 1880 IV Nr. 99 S. 360, 29. Dez. 1892 XXX Nr. 121 S. 394, vgl. a. Mot. z. KO. S. 295. AM. Brettner a. a. O. I S. 247 ff., V S. 492 ff., v. Kries a. a. O. S. 397 ff., v. Amsberg Mecklenb. Verordn. z. A. d. RJG. S. 8]. Aber nur dann ist die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts zulässig, wenn diese auch von der Entscheidung des Amtsgerichts differiert; sonst liegen duae conformes vor. [Vgl. RG. v. 22. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 119 S. 414, 3. Nov. 1880 IV Nr. 99 S. 362, bay. ob. LG. SA. XXXV Nr. 328 u. XLII Nr. 169.] Die Übereinstimmung der Entscheidungen kann hier, wie im Falle ad b, eine teilweise sein; dann ist, soweit als Übereinstimmung vorliegt, eine weitere Beschwerde zum Reichsgerichte unzulässig. [Vgl. Entsch. IV S. 362.]

3. Abs. 2 des § 531 ist auf weitere Beschwerden in den Fällen des GKG. §§ 4, 16 anwendbar [RG. 19. April 1882 Entsch. VI Nr. 126 S. 410 ff.].

4. Ausgeschlossen ist jede weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts als Beschwerdegerichts im Falle des GVG. § 183 [RG. 24. Sept. 1880 Entsch. II Nr. 106 S. 386].

Digitized by Google

§ 532.

Die Beschwerde wird bei dem Gerichte eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegerichte eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgerichte anhängig ist oder anhängig war, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

1. Die Vorschrift, daß die Beschwerde regelmäßig bei dem iudex a quo einzulegen sei, hängt mit § 534 zusammen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte ist für dringende Fälle zugelassen. Legt der Beschwerdeführer die Beschwerde bei dem Beschwerdegerichte in einem Falle ein, den das Gericht nicht für dringend erachtet, so kann das Beschwerdegericht entweder dem Beschwerdeführer die Beschwerde behufs Einreichung beim Untergerichte zurückgeben oder die Beschwerde an das Untergericht leiten, damit dieses, sofern es nicht die Beschwerde nach § 534 erledigt, sie mit den Akten wieder vorlege.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Die Beschwerde wird nach § 532 Abs. 2 entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersterenfalls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 74 (norddt. Prot. III S. 1560) eine Anwaltsschrift."

Diese Bemerkung ist unrichtig oder doch ungenau. Die Beschwerdeschrift unterliegt dem Anwaltszwange stets, insoweit nicht alternativ neben der Einlegung durch Einreichung einer Beschwerdeschrift die Einlegung durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestattet ist; sie unterliegt dem Anwaltszwange nicht, auch nicht, wenn sie beim Beschwerdegerichte eingereicht wird, insoweit die Einlegung durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers alternativ zulässig wäre (arg. § 74 Abs. 2). [So auch die Komment. bis auf v. Bülow; ferner Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 112 f., RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 103 S. 373 f., 18. Dez. 1882 VI Nr. 112 S. 392, 16. Okt. 1882 VII Nr. 122 S. 403, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 25 und LVIII Nr. 309. Dagegen Rintelen Ztschr. f. d. CPr. XII S. 201 ff. mit ganz unstichhaltigen Gründen.]

Zugelassen ist die Einlegung durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtschreibers: a) wenn das civilprozessualische Verfahren, der Rechtsstreit in diesem Sinne, worauf die Beschwerde sich bezieht, bei einem Amtsgerichte anhängig ist oder in erster Instanz anhängig war, m. a. W.: in jedem Verfahren, wofür in der ersten Instanz kein Anwaltszwang besteht (vgl. norddt. Entw. § 823 Abs. 3). In diesem Falle kann auch die Beschwerde gegen die Entscheidung eines höheren Gerichts zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden und unterliegt daher nie dem Anwaltszwange [vgl. RG. 25. Sept. 1893 Entsch. XXXI Nr. 109 S. 426]. Soweit das Vollstreckungsverfahren dem Amtsgerichte als Vollstreckungsgericht zugewiesen ist, ist die protokollarische Beschwerde zulässig; daher gilt kein Anwaltszwang, auch wenn der Prozeß Anwaltsprozeß war [RG. 30. Dez. 1882 Entsch. XII Nr. 95 S. 356 f.]. b) Wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft (§ 118). Aus diesem Grunde ist auch für die Beschwerde nach RAO. § 35 die Zulässigkeit protokollarischer Erklärung und folglich die Befreiung vom Anwaltszwange anzunehmen [RG. 18. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 122 S. 392]. c) In den in Bem. Nr. 1 Ziff. 10 zu § 530 erwähnten Fällen. d) In den Fällen der Beschwerde nach GKG. §§ 4, 16, 47 Abs. 2, 48, nach GO.

Digitized by Google

f. GV. § 22 und GO. für Zeugen und Sachverst. § 17; nicht aber bei Beschwerde nach GO. f. RA. § 12 [RG. 19. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 116 S. 374]. e) Wenn der Rechtsstreit vor einem Gewerbegerichte anhängig ist oder gewesen ist, nach RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 55 Abs. 3. — Wegen des Anwaltszwangs für die Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren vgl. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 99. — Die weitere Beschwerde (§ 531) kann in denselben Fällen, wie die erste, zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden; auch sie unterliegt daher in diesen Fällen nicht dem Anwaltszwange.

Insoweit hiernach die Beschwerdeschrift dem Anwaltszwange unterliegt, muß die Beschwerdeschrift, wenn sie bei dem Gerichte eingelegt wird, gegen dessen Entscheidung Beschwerde erhoben wird, von einem bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalte eingereicht werden; wird dagegen die Beschwerdeschrift bei dem Beschwerdegerichte eingereicht, so muß sie von einem bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Anwalte eingereicht werden. [So auch nordd. Prot. III S. 1560, Struckm. Koch (6) N. 4, Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 120, RG. verein. Civilsen. 29. April 1880 Entsch. I Nr. 156 S. 431 ff., 11. Mai 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1146, 16. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 122 S. 403, 25. Nov. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 396; 9. Febr. 1894 eod. XXXVIII S. 1209. AM. A. Förster N. 4, Barazetti Rechtsm. S. 257, Herzog Mag. f. DR. I S. 175, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 113.] Die Beschwerde muß von dem Anwalte unterschrieben sein [RG. 22. März 1893 Entsch. XXXI Nr. 87 S. 375 ff.]. Entspricht die Beschwerdeschrift nicht dem für sie geltenden Anwaltszwange, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Einlegung der Beschwerde durch Erklärung zum Sitzungsprotokolle ist nicht zugelassen. [Nordd. Prot. III S. 1155, Mot. S. 330, RG. 13. Febr. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 175. AM. OLG. Stuttgart SA. XL Nr. 75.] Aber die Beschwerdeschrift kann in der mündlichen Verhandlung überreicht werden [RG. 1. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 88 S. 341].

3. Die Beschwerdeschrift und die protokollarische Erklärung muß die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung und die Erklärung enthalten, daß die Beschwerde eingelegt werde. Ein Antrag ist nicht wesentlich. Was der Beschwerdeführer begehrt, ist aus dessen früheren Anträgen, denen die angefochtene Entscheidung zuwiderläuft, zu erkennen. Auch kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens, insbesondere bei etwaiger mündlicher Verhandlung, die Gelegenheit ergeben, das Begehren des Beschwerdeführers zu präzisieren. Jedenfalls gehört ein Antrag nicht zu den formellen Erfordernissen der Beschwerdeschrift. [RG. 17. März 1887 XLII Nr. 267 und 19. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 86 S. 395]. Ein in der Beschwerdeschrift enthaltener Antrag kann später geändert, insbesondere auch erweitert werden; dies gilt auch für die Zeit nach Ablauf der Beschwerdefrist in den Fällen der sofortigen Beschwerde. Auch Begründung der Beschwerde gehört nicht zum wesentlichen Inhalte der Beschwerdeschrift. Natürlich läuft der Beschwerdeführer, der seine Beschwerde nicht begründet, Gefahr, daß das Gericht entscheidet, ohne seine Gründe zu würdigen; aber wenn das Verfahren Gelegenheit bietet, die Begründung nachzubringen, z. B. in mündl. Verhandlung, so ist dieses stets, auch bei sofortiger Beschwerde, zulässig. [Unrichtig v. Bülow Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 122.]

4. Die Beschwerde kann nur gegen eine bereits erlassene Entscheidung, nicht im voraus für den Fall, daß eine gewisse Entscheidung erlassen werden sollte, eingelegt werden; denn die Einlegung eines Rechtsmittels unter einer Bedingung ist ebensowenig zulässig, als eine bedingte Klagerhebung. Erlassen ist die Entscheidung erst, wenn das Gericht sich ihrer entäußert, d. i. sie verkündet oder zugestellt oder der Partei zur Zustellung an den

Digitized by Google

Gegner ausgehändigt hat. Aushändigung einer Entscheidung an eine Partei, damit diese sie dem Gegner zustelle, kommt in den Fällen der §§ 193, 204 Abs. 3, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 234 Abs. 2, 632, 639 Abs. 2, 730, 736 vor; sonst sind alle Entscheidungen entweder zu verkünden oder zuzustellen. Da gegen die Entscheidungen der §§ 193, 204 Abs. 3, 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 234 Abs. 2, 632, 639 Abs. 2 keine Beschwerde stattfindet, so kämen eigentlich nur der Pfändungs- und der Überweisungsbeschluß der §§ 730, 736 als Entscheidungen in Betracht, gegen die eine Beschwerde eingelegt werden könnte, ohne daß die Entscheidung verkündet oder zugestellt ist. Wenn aber thatsächlich eine anfechtbare Entscheidung, die hätte zugestellt werden sollen, der Partei ohne Beobachtung der Zustellungsform ausgeliefert worden ist, wie das ja in der Praxis vorkommt, so kann die Zulässigkeit der Beschwerde nicht deswegen beanstandet werden, weil die Zustellungsform nicht beobachtet ist; denn mit der Auslieferung hat das Gericht sich der Entscheidung entäußert, so daß diese nunmehr, wenn auch nicht in korrekter Weise, erlassen ist. Ebensowenig kann die Zulässigkeit der Beschwerde deswegen beanstandet werden, weil bei der Zustellung der angefochtenen Entscheidung gegen die Vorschriften über die Zustellung verstoßen wurde oder weil die Entscheidung auf Betreiben einer Partei anstatt von Amtswegen zugestellt war. [Vgl. OLG. Celle Ztschr. f. d. CPr. IV S. 393, Mayer (Erfurt) Ztschr. f. d. CPr. VII S. 72 f., RG. 21. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 266. AM. Meyer (Stettin) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 835.] Darüber, ob die sofortige Beschwerde, in den Fällen, wo die Beschwerdefrist mit der Zustellung beginnt, vor der Zustellung eingelegt werden könne, s. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 540.

Von der Regel, daß die Beschwerde nicht im voraus eingelegt werden könne, macht § 540 Abs. 4 eine Ausnahme, insofern das nach § 539 an das Prozeßgericht zu richtende Gesuch um Änderung der Entscheidung eines beauftr. oder ers. Richters oder des Gerichtsschreibers in den Fällen der sofortigen Beschwerde als eventuelle Beschwerde gilt (vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 540); jenes Gesuch kann sich daher selbst als eventuelle Beschwerde bezeichnen. Sonst kann mit dem an das Prozeßgericht zu richtenden Gesuche um Abänderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers keine eventuelle Beschwerde verbunden, sondern die Beschwerde nur nach Erlaß der Entscheidung des Prozeßgerichts eingelegt werden. Über die Unterscheidung zwischen den Fällen der einfachen und denen der sofortigen Beschwerde vgl. RG. Entsch. XXV Nr. 88 S. 389 f. In der Entsch. IX Nr. 112 S. 386 ist diese Unterscheidung noch nicht gemacht, vielmehr hat das RG. hier die Verbindung einer eventuellen Beschwerde mit dem an das Prozeßgericht gerichteten Änderungsgesuche zugelassen, ohne zu der Frage, ob einfache oder sofortige Beschwerde zulässig sei, Stellung zu nehmen, was nicht richtig war.

§ 533.

Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

Vgl. § 491. — Die Vorschrift gilt für die einfache wie für die sofortige, für die erste wie für die weitere Beschwerde [RG. 1. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 92 S. 337]. Auch der Gegner des Beschwerdeführers kann neue Thatsachen und Beweise vorbringen. Lehnt das Beschwerdegericht die Berücksichtigung neuer Thatsachen oder Beweise ab, so ist weitere Beschwerde begründet [RG. 4. Jan. 1887 Entsch. XVII Nr. 92 S. 371]. — Neue Ansprüche können im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht werden, was insbesondere im Kostenfestsetzungsverfahren zu beachten ist.

§ 534.

Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten

Digitized by Google

wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie derselben abzuhelfen; anderenfalls ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

Mot. S. 330. KPr. S. 272, 559, 560.

1. In der Beschwerde liegt eine Gegenvorstellung (remonstratio) an das Gericht oder den Vorsitzenden, dessen Entscheidung angefochten wird (Mot. S. 330). Der iudex a quo kann, wenn er auf Grund neuen Vorbringens oder erneuter Erwägung die Beschwerde für begründet erachtet, die angefochtene Entscheidung von kurzer Hand zurücknehmen oder ändern. Er kann die Sache aufs neue untersuchen. Er kann mündliche Verhandlung anordnen oder auch dem Gegner Gelegenheit zu schriftlicher Äußerung gewähren, wenn er dies auch vor der ursprünglichen Entscheidung thun konnte.

Auch das Beschwerdegericht, gegen dessen Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt ist, kann der weiteren Beschwerde abhelfen und zwar auch wenn diese wegen Mangels eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes unzulässig ist [RG. 19. Mai 1894 Entsch. XXXIII Nr. 98 S. 377].

2. Hilft der iudex a quo der Beschwerde vollständig ab, so ist sie erledigt. Die Entscheidung ist, wenn sie auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung erging, zu verkünden, außerdem den Beteiligten zuzustellen (§ 294). Gegen die neue Entscheidung kann der Gegner die Beschwerde einlegen, wenn er nach § 530 ein Beschwerderecht hat. Hilft der iudex a quo der Beschwerde nicht oder nicht vollständig ab, so hat er die Beschwerde nebst den betreffenden Akten dem Beschwerdegerichte vorzulegen. Das geschieht, ohne daß ausdrücklich das Beharren bei der getroffenen Entscheidung beschlossen wird; es ist daher dem Beschwerdeführer keine besondere Mitteilung zu machen. Daß der Unterrichter bei der Vorlegung dem Beschwerdegerichte Bericht erstatte, ist nicht vorgeschrieben, aber auch nicht ausgeschlossen (nordd. Prot. III S. 1556). Das Beschwerdegericht kann von dem iudex a quo thatsächliche Aufklärungen, aber keine Rechtfertigung seiner Entscheidung verlangen (nordd. Prot. III S. 1557). Die einwöchige Frist für die Vorlegung gehört zu den uneigentlichen Fristen (s. Bem. Nr. 4 Ziff. II vor § 191); sie hat nur instruktionelle Bedeutung. Wird die Beschwerde dem Beschwerdegerichte nicht vorgelegt, so kann der Beschwerdeführer die Aufsichtsbehörde des Gerichts angehen; vgl. Bem. Nr. 6 vor § 530.

3. In den Fällen der sofortigen Beschwerde kann der iudex a quo seine durch Beschwerde angegriffene Entscheidung nicht mehr ändern; s. Bem. Nr. 3 zu § 540.

§ 535.

Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§ 345, 355, 374, 579, 619 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist.

Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung derselben auszusetzen sei.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

Mot. S. 331. KPr. S. 272, 273, 559, 560, 712, 713.

1. In der Regel hat die einfache und die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Kraft. Die im Gesetze vorgesehenen Ausnahmen betreffen Strafverfügungen und Zwangsmaßregeln, aus deren sofortiger Vollstreckung ein irreparabler Nachteil erwachsen könnte. Zu den in Abs. 1 genannten Fällen tritt noch die Beschwerde gegen das nach § 352

Digitized by Google

Abs. 3 (§ 367) gegen den Zeugen oder Sachverständigen ergehende Zwischenurteil hinzu, wodurch die Gründe der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens für unerheblich erklärt werden; das folgt aus der Bestimmung des § 355 Abs. 1, wonach die Verurteilung in die Kosten und die Bestrafung erst verhängt werden darf, wenn die Gründe der Weigerung rechtskräftig für unerheblich erklärt sind. Nach GVG. § 183 Abs. 2 hat die Beschwerde in den Fällen des GVG. §§ 180, 182 aufschiebende Wirkung. Die gleiche Wirkung ergiebt sich aus Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 78 Abs. 2, § 105 Abs. 2 (§ 123) für die dort bezeichneten Beschwerden.

Auch wo die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat, kann die anfechtbare Entscheidung, soweit sie ihrem Inhalte nach überhaupt vollstreckbar ist, vollstreckt werden, bis die Beschwerde eingelegt ist. Erst die Einlegung hemmt die Vollstreckbarkeit und folglich auch die Fortsetzung einer begonnenen Vollstreckung. Diese Hemmung tritt zwar ipso iure ein, ist jedoch, wenn die Vollstreckungsklausel zu dem Beschlusse schon erteilt worden ist, auf Antrag oder von Amtswegen von dem Gerichte, bei dem die Beschwerde eingereicht ist, in einem Beschlusse auszusprechen, weil der Gerichtsvollzieher sonst die ihm aufgetragene Vollstreckung nicht ablehnen und insbesondere die begonnene Vollstreckung nicht aus eigener Machtvollkommenheit einstellen darf; vgl. § 691 Nr. 2.

2. In den Fällen, in denen die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, kann der iudex a quo und der iudex ad quem nach freiem Ermessen von Amtswegen oder auf Antrag anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei. Dadurch wird die Vollstreckbarkeit gehemmt. Einem Vollstreckungsversuche kann der Beschwerdeführer nach § 691 Nr. 2 entgegentreten. Ferner kann das Beschwerdegericht vor der Entscheidung eine andere einstweilige Anordnung erlassen, z. B. die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung sei gegen Sicherheit einzustellen oder nur gegen Sicherheit fortzusetzen. Eine solche Anordnung ist keine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 814 ff.; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 814. Die nach Abs. 2 oder 3 ergangenen Anordnungen treten mit der Entscheidung über die Beschwerde außer Kraft.

3. Sowohl die Regel, daß die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat, als auch die in § 535 Abs. 1 vorgesehenen Ausnahmen, desgleichen die in § 535 Abs. 2 enthaltenen Bestimmungen gelten auch für die Entscheidungen des Beschwerdegerichts, die mit weiterer Beschwerde angefochten werden.

§ 536.

Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann dieselbe in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

Mot. S. 331. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Über das Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. In den in Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532 angeführten Fällen besteht auch für die mündliche Verhandlung kein Anwaltszwang. [AM. Wilm. Levy N. 2 d, Gaupp II S. 124 bei N. 4, teilweise auch Struckm. Koch N. 1 Abs. 3.] Außerdem müssen die Parteien sich durch einen bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. — Im Beschwerdeverfahren können Erhebungen über Thatsachen gepflogen werden. Die Parteien können Zeugen und Sachverständige vorschlagen und Urkunden vorlegen; auch die Eideszuschiebung und der richterliche Eid sind nicht ausgeschlossen; die Eidesleistung ist durch Beschluß anzuordnen

Digitized by Google

(vgl. Bem. Nr. 2 zu § 425). [So auch Struckm. Koch N. 2, OLG. Dresden SA. XLVI Nr. 78. AM. Gaupp II S. 125 bei N. 10.] Ist in dem betreffenden Verfahren die Glaubhaftmachung vorgeschrieben, so stehen die Beweisanträge der Parteien unter der Regel des § 266; soweit dies der Fall ist, ist die Eideszuschiebung und der richterliche Eid unzulässig; dagegen kann die Partei, der die Glaubhaftmachung obliegt, zur eidlichen Versicherung der Wahrheit zugelassen werden (Ausnahmen s. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 266). Bei den Erhebungen finden die Vorschriften über das Beweisverfahren entsprechende Anwendung. Daher sind die Zeugen und Sachverständigen regelmäßig beeidigt zu vernehmen, soweit nicht Glaubhaftmachung zugelassen ist. Haben Erhebungen stattgefunden, so ist den Parteien Gelegenheit zu geben, sich schriftlich oder mündlich darüber zu äußern [KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 396 ff.] — Das Beschwerdegericht hat innerhalb der durch den Antrag des Beschwerdeführers gezogenen Grenzen zu entscheiden. Der Beschwerdeführer kann noch im Laufe des Beschwerdeverfahrens, also namentlich in der etwaigen mündlichen Verhandlung, seine Anträge stellen und neue Beschwerdegründe vorbringen; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 532. Das Beschwerdegericht kann dem Antrage aus einem Grunde stattgeben, den der Beschwerdeführer nicht angeführt hat. Eine Anschließung des Gegners an die Beschwerde ist nicht vorgesehen. Der Gegner kann, ohne auch seinerseits formell ordnungsmäßige Beschwerde eingelegt zu haben, keine Änderung zu seinen Gunsten verlangen. Reformatio in peius ist nicht zulässig, wenn der Gegner keine Beschwerde eingelegt hat [RG. 14. März 1885 SA. XL Nr. 236]. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist Beschluß, auch wenn die angefochtene Entscheidung ein Zwischenurteil war; denn mündliche Verhandlung ist nie obligatorisch. Der nordd. Entw. § 832 bestimmte, daß die auf die Beschwerde erlassene Entscheidung mit Gründen zu versehen sei; in den späteren Entwürfen kehrt die Bestimmung nicht wieder. Hiernach ist der Mangel von Gründen kein formelles Gebrechen; aber es wäre unzweckmäßig in hohem Grade, die Gründe zu verschweigen. Wegen Zustellung des Beschlusses s. § 294 nebst Bem. Nr. 3 dazu.

2. Zu Abs. 2: Vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 532. Wo die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden kann, ist auch schriftliche Erklärung ohne Anwalt zulässig. Sonst muß die Erklärung von einem bei dem Beschwerdegerichte zugelassenen Anwalte ausgehen.

§ 537.

Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

KPr. S. 273, 559, 560, 711, 712.

Vgl. §§ 306, 497, 529, 552. Die Formalien sind: Statthaftigkeit (vgl. §§ 530, 531 Abs. 2), ordnungsmäßige Einlegung (§ 532), bei sofortiger Beschwerde auch Einhaltung der Notfrist (§ 540 Abs. 2). — Wegen der Kosten s. § 92 und GKG. § 45.

§ 538.

Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es demjenigen Gerichte oder Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen.

Mot. S. 311. KPr. S. 273, 559, 560.

Ist die Beschwerde formell zulässig, so prüft das Beschwerdegericht, ob sie sachlich begründet ist. Erachtet es die Beschwerde für unbegründet, so verwirft es sie und ent-

Digitized by Google

scheidet über die Kosten nach § 92. Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so hebt es die beschwerende Entscheidung stets auf, hat aber die Wahl, ob es die etwa erforderliche Anordnung selbst erlassen oder dem iudex a quo übertragen will. Dieses empfiehlt sich insbesondere im Vollstreckungsverfahren, sowie dann, wenn weitere Beschwerde deswegen erhoben wurde, weil das Beschwerdegericht die erste Beschwerde als unzulässig verworfen hatte. [Vgl. RG. 10. Aug. 1885 Entsch. XIV Nr. 109 S. 389. Die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht, daß das für die weitere Beschwerde zuständige Gericht sich auf die Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanz beschränken müsse, weil es sonst möglicherweise den Parteien eine Instanz entziehe, hat im Gesetze keinen Anhalt. Die Beschränkung ist zweckmäßig, aber nicht notwendig.] Der iudex a quo, dem die Anordnung übertragen wird, ist an die der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu Grunde liegende Beurteilung der Rechts- und der Thatfragen gebunden, denn er erläßt die Anordnung auf Anweisung des Oberrichters (vgl. Bem. Nr. 2 litt. e zu § 528). Wird dem iudex a quo die Anordnung übertragen, so ist sowohl der Aufhebungsbeschluß des Beschwerdegerichts, wie die Anordnung des Unterrichters den Beteiligten von Amtswegen zuzustellen, wenn sie nicht verkündet wurde (§ 294). Die Zustellung des Aufhebungsbeschlusses kann mit der Zustellung der neuen Anordnung des Unterrichters verbunden werden. — Ist die Beschwerde begründet, so sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens als Bestandteil der Prozeßkosten zu behandeln, über die nach den Vorschriften der §§ 87 ff., also regelmäßig nicht von dem Beschwerdegerichte, zu erkennen ist. Einzelnes: a) Im Zwischenstreite mit Dritten (§§ 68, 126, 352, 367) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem im Zwischenstreite Unterliegenden (der Partei, dem Dritten) zur Last zu legen. Doch sind die Kosten in dem Falle, daß ein Intervenient auf Beschwerde zugelassen ist, nach § 96 zu behandeln. b) Im Kostenfestsetzungsverfahren (§ 99) sind die Kosten der in diesem Verfahren unterliegenden Partei aufzuerlegen oder sie sind nach § 88 aufzuheben oder zu teilen (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 99). c) Im Berichtigungsverfahren (§ 290) sind die Kosten der Partei aufzuerlegen, die in der Hauptsache die Kosten zu tragen hat. d) Im Zwangsvollstreckungsverfahren und in dem Verfahren, das einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betrifft, fallen die Kosten bei erfolgreicher Beschwerde dem unterliegenden Gegner zur Last; bei teilweisem Unterliegen greift § 88 ein. e) Im Verfahren zur Sicherung des Beweises, im Mahnverfahren, im Entmündigungs- und im Aufgebotsverfahren fallen die Kosten bei erfolgreicher Beschwerde demjenigen zur Last, welcher die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. [Vgl. Altvater Arch. f. c. Pr. LXIII S. 431 ff.] Das Beschwerdegericht hat bei erfolgreicher Beschwerde über die Kosten zu entscheiden, wenn es die das betreffende Verfahren beendigende Entscheidung zur Sache erläßt. Dazu bedarf es keines Antrags; arg. § 279 Abs. 2. [AM. Altvater a. a. O. S. 438.]

§ 539.

Wird die Änderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen.

Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt. Die Bestimmung des ersten Absatzes gilt auch für das Reichsgericht.

Mot. S. 331, 332. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Die Motive bemerken: „Der beauftragte und ersuchte Richter hat nur übertragene Rechte des Gerichts auszuüben; er ist daher neben den allgemeinen Regeln des Verfahrens an den Auftrag des Gerichts gebunden (§§ 326, 327, 331). Nur ausnahmsweise ist er ermächtigt — §§ 207, 330, 365 — zur Beschleunigung des Prozeß-

Digitized by Google

gangs selbständig Entscheidungen zu treffen, welche übrigens unter Umständen der Berichtigung durch das Prozeßgericht unterliegen (§ 363 Abs. 2). Diesem prinzipiellen Gesichtspunkte entsprechend bestimmt der § 539, daß die Partei, welche die Änderung einer Anordnung des beauftragten oder ersuchten Richters verlangt, zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen hat, und daß die Beschwerde erst gegen die Verfügung des letzteren stattfindet. Der Grundsatz des § 539 ist ausdrücklich auf die von dem Gerichtsschreiber getroffenen Entscheidungen (§§ 271, 646, 662, 663, 669, 705) erstreckt, da dieser lediglich als Organ des Gerichts handelt, seine Amtshandlungen daher zunächst der Rektifikation durch das Gericht unterliegen, welche kurzer Hand herbeigeführt werden kann; dagegen sind nach den §§ 532, 534, 535, 538 die Verfügungen des Vorsitzenden denen des Gerichts insofern gleichgestellt, als letzteres nicht als eine Instanz über den Vorsitzenden erscheint."

2. Das Gesuch um die Änderung einer Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters oder des Gerichtsschreibers ist außer den Fällen, wo eine solche Entscheidung nur durch die sofortige Beschwerde anfechtbar ist (§ 540 Abs. 4), nicht an die Form der Beschwerdeeinlegung (§ 532) gebunden, kann daher sowohl in den Formen des § 532 wie auch in der mündlichen Verhandlung vor dem beauftr. oder ers. Richter oder vor dem Prozeßgerichte vorgebracht werden. Hinsichtlich des Anwaltszwangs gelten die in Bem. Nr. 2 zu § 532 entwickelten Sätze. Obwohl die dort aufgeführten Ausnahmen vom Anwaltszwange dem Wortlaute des Gesetzes nach nur für die Einlegung der Beschwerde gelten, ist doch anzunehmen, daß das *anstatt* der Beschwerde in § 539 zugelassene Gesuch im Punkte des Anwaltszwangs nicht strenger zu behandeln ist, als die Beschwerde. [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 129 bei N. 8.] Aus § 74 Abs. 2 ergiebt sich, daß das Abänderungsgesuch *in der Verhandlung* vor dem beauftr. oder ers. Richter *stets* ohne Anwalt vorgebracht werden kann. — Der beauftr. oder ers. Richter sowie der Gerichtsschreiber kann durch Abänderung seiner Verfügung das bei ihm eingereichte Gesuch erledigen; dies folgt daraus, daß *jede Verfügung* geändert werden kann (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 4 vor § 272). Wird das Änderungsgesuch nicht vom beauftr. oder ers. Richter oder vom Gerichtsschreiber von kurzer Hand erledigt, so muß das Prozeßgericht entscheiden. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen; denn unter den mit Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters ist keine, für die eine vorgängige mündliche Verhandlung erforderlich wäre. [AM. Gaupp II S. 129 bei N. 9; der von G. angeführte § 365 paßt nicht, da die provisorische Entscheidung über die Fragestellung nicht mit Beschwerde anfechtbar ist.] Die Entscheidung ist nach § 294 von Amtswegen zuzustellen, wenn sie nicht verkündet wurde.

Obwohl das Abänderungsgesuch keine Beschwerde ist, so kann doch die Abänderung einer Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters oder des Gerichtsschreibers bei dem Prozeßgerichte nur nachgesucht werden, wenn gegen die Entscheidung dem Inhalte nach gemäß § 530 die Beschwerde zulässig wäre. [Vgl. Wach I S. 332 bei N. 43, Puchelt II S. 388. AM. Struckm. Koch N. 1, Gaupp II S. 128.] Daher kann z. B. die Änderung der Bewilligung eines Terminsverlegungsgesuch durch den beauftr. oder ers. Richter oder die Änderung der das Zeugnis der Rechtskraft (§ 646) erteilenden Verfügung des Gerichtsschreibers nicht nachgesucht werden. Daß das Prozeßgericht an die vorläufige Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters über die Zulässigkeit einer Frage an den Zeugen oder Sachverständigen nicht gebunden ist, obwohl dagegen keine Beschwerde zulässig wäre, folgt daraus, daß diese Entscheidung eine „vorläufige" ist (§ 365), hat aber mit § 539 nichts zu thun.

Wegen Beschwerde in den Fällen der §§ 666, 669 s. Bem. Nr. 1 zu § 666.

3. Ob die auf das Änderungsgesuch ergangene Entscheidung des Prozeßgerichts mit

Digitized by Google

Beschwerde anfechtbar ist, richtet sich nach § 530. Aus § 539 Abs. 2 darf nicht gefolgert werden, daß die Beschwerde stets zulässig wäre. Die Beschwerde kann erst eingelegt werden, nachdem die Entscheidung des Prozeßgerichts erlassen ist; es ist nicht zulässig, mit dem an das Prozeßgericht gerichteten Abänderungsgesuche eine eventuelle Beschwerde gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts zu verbinden; Ausnahme: § 540 Abs. 2; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 532. — Die Beschwerde gegen die auf das Abänderungsgesuch ergehende Entscheidung des Prozeßgerichts ist erste (nicht weitere) Beschwerde, daher unabhängig von dem Erfordernisse eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes [RG. 7. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 112 S. 385].

4. Zu Abs. 3: Diese Bestimmung gilt auch für das bayerische Oberste Landesgericht.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 45 Abs. 2 und GO. f. RA. § 41.

6. Die Vorschriften des § 539 finden keine Anwendung bei der in GO. f. Z. u. S. § 17 Abs. 3 zugelassenen Beschwerde. Diese Beschwerde geht an das dem beauftragten oder ersuchten Richter übergeordnete Gericht [RG. 20. Nov. 1886 Entsch. XVII Nr. 87 S. 552 ff., 8. Apr. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 174].

§ 540.

Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 301 und 829 Abs. 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Notfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Notfrist innerhalb der für diese Klage geltenden Notfristen erhoben werden.

Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

In den Fällen des § 539 muß auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege die Entscheidung des Prozeßgerichts binnen der Notfrist nachgesucht werden. Das Prozeßgericht hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

Mot. S. 332, 334. KPr. S. 273, 559, 560.

1. Zu Abs. 1: Die in der CPrO. vorkommenden Fälle der sofortigen Beschwerde sind in der Zusammenstellung in Bem. Nr. 1 zu § 530 S. 690 f. mit * bezeichnet. Andere Fälle s. KO. § 66, Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) (§§ 78 Abs. 2, 105 Abs. 2 (123) und in Landesgesetzen (vgl. Bem. Nr. 3 vor § 530 S. 690). Die in GVG. § 183 zugelassene Beschwerde ist zwar befristet (eine Woche), aber nicht sofortige Beschwerde im Sinne der CPrO. § 540.

In den Fällen, wo die erste Beschwerde als sofortige bezeichnet ist, fällt auch die weitere Beschwerde unter die Regeln über sofortige Beschwerde [RG. 8. November 1884 Entsch. XV Nr. 127 S. 432].

2. Zu Abs. 2: Wo die Beschwerde als „sofortige Beschwerde" bezeichnet ist, muß sie binnen, d. i. vor Ablauf, einer Notfrist von zwei Wochen eingelegt werden. Über den Begriff „Notfrist" s. Bem. Nr. 4 vor § 191 S. 242. Über Berechnung der zwei Wochen s. § 200. Die Frist läuft in der Regel von der Zustellung der Entscheidung an. Aus-

Digitized by Google

nahmsweise beginnt sie mit der Verkündung in den Fällen der §§ 301, 829 Abs. 3 der der CPrO., im Falle des § 105 Abs. 2 (§ 123) des Genossenschaftsgesetzes v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) und nach § 55 Abs. 3 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) im Verfahren vor den Gewerbegerichten, wenn auf die Zustellung verzichtet war (§ 30 Abs. 2).

Wo die Notfrist mit der Zustellung beginnt, kommt nur die ordnungsmäßige Zustellung als Anfangspunkt des Fristenlaufs in Betracht. Wurde eine Entscheidung, die der Partei zuzustellen gewesen wäre, formlos ausgeliefert, so beginnt die Notfrist nicht. Auch wenn eine Entscheidung, deren Zustellung dem Betriebe der Partei zu überlassen gewesen wäre, dem Gesetze zuwider von Amtswegen zugestellt wurde, beginnt die Notfrist nicht, weil in diesen Fällen die Benützung der Entscheidung und die Herbeiführung der Rechtskraft den Parteien überlassen ist (vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477 und die in Bem. Nr. 3 zu § 582 cit. Entscheidungen). Daher wird die Notfrist zur Beschwerde gegen verkündete Entscheidungen, von den oben berührten Ausnahmen abgesehen, erst mit der Zustellung durch die Partei eröffnet [vgl. RG. 27. Febr. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1189]. Wohl aber wird durch die Zustellung auf Parteibetrieb in Fällen, wo die Zustellung von Amtswegen hätte erfolgen sollen, die Notfrist eröffnet, weil hier die Zustellung vom Gesetze geboten ist und der Zustellungsempfänger dadurch, daß die Partei anstatt des Gerichts die Zustellung betrieb, in keiner Weise benachteiligt ist. [Vgl. H. Meyer die Zustellung der Beschlüsse und Verfügungen (Berlin 1882) S. 8, 59 f., Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 114 ff., Fitting eod. VII S. 15. AM. RG. 11. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 104 S. 375 und beiläufig Entsch. V Nr. 96 S. 357, sowie Wilm. Levy N. 2, Gaupp I S. 602 bei N. 8, II S. 130 bei N. 6, während dieselben Schriftsteller für die Berufungsfrist das Gegenteil annehmen.]

Von der Frage, von welchem Zeitpunkte an die Notfrist zu laufen beginnt, ist die Frage getrennt zu halten, ob die Einlegung der Beschwerde *vor Beginn* der Notfrist zulässig ist. Diese Frage ist aus den gleichen Gründen, die dazu führen, die Einlegung des Einspruchs vor der Zustellung des Versäumnisurteils zu gestatten (s. Bem. Nr. 2 zu § 305), sowie aus der allgemeinen Erwägung, daß die Befristung einer Prozeßhandlung bloß die Vornahme nach Ablauf der Frist, nicht aber die Vornahme vor Beginn der Frist unzulässig macht, zu bejahen. Es kann daher die sofortige Beschwerde nicht bloß dann, wenn die Frist von der Verkündung ab läuft, sondern auch in den anderen Fällen vor der Zustellung der Entscheidung eingelegt werden, vorausgesetzt, daß die angefochtene Entscheidung vom Gerichte „erlassen" ist, worüber in Bem. Nr. 4 zu § 532 das Nähere gesagt ist. [So auch Struckm. Koch N. 2, Barazetti Rechtsmittel S. 275, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. IV S. 390 ff., H. Meyer (Erfurt) eod. VII S. 71, RG. 21. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 266, 1. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 88 S. 341. AM. Wilm. Levy N. 2 u. Jur. WSchr. 1884 S. 240, Gaupp II S. 131 bei N. 10, Meyer (Stettin) Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 835 ff.]

Entscheidungen, wogegen die Beschwerde stattfindet, können nicht mit Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 541 ff.) angefochten werden. Die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe (§§ 542, 543) können aber auch bei Entscheidungen, die keine Endurteile sind, zutreffen. Soweit gegen solche Entscheidungen die unbefristete Beschwerde statthaft ist, bedurfte es keiner besonderen Bestimmung; die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe können *stets* im Beschwerdewege geltend gemacht werden. Soweit aber die Beschwerde befristet ist, bedurfte es der Fristerweiterung für den Fall, daß die Erfordernisse der Nichtigkeits- und Restitutionsklage gegeben sind. Diese Erweiterung wird durch eine Art von gesetzlicher Inzidentrestitution gewährt. Die erweiterte Frist ist nach § 549 zu berechnen.

Digitized by Google

In den Fällen des § 541 Nr. 1, 3 wird die Beschwerdefrist nicht erweitert, wenn der Nichtigkeitsgrund innerhalb der zweiwöchigen Frist durch Beschwerde geltend gemacht werden konnte; arg. § 542 Abs. 2 [vgl. Sächs. Arch. II S. 54].

3. Zu Abs. 3: Die mit sofortiger Beschwerde anfechtbaren Zwischenurteile (§§ 68, 97, 126, 352) sind schon vor der Einlegung der Beschwerde für den iudex a quo unabänderlich (§ 289). Die anderen durch sofortige Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen (Beschlüsse und Verfügungen) können von dem iudex a quo abgeändert werden, bis sie durch Beschwerde angegriffen sind, d. h. bis Beschwerde eingelegt ist. Von der Einlegung der Beschwerde an sind sie für den iudex a quo unabänderlich. Die Abänderlichkeit bis zur Einlegung der Beschwerde ergiebt sich aus dem Gesetzestexte. Es heißt nicht, wie im nordd. Entw. § 824 Abs. 2: „Ist die Beschwerde an eine Notfrist gebunden, so ist das Gericht zu einer Abänderung seiner Entscheidung nicht befugt", sondern „das Gericht ist z. e. A. s. durch Beschwerde angegriffenen E. nicht befugt." [Vgl. Wach Vortr. S. 97, Gaupp II S. 131 bei N. 15, Hellmann Lehrb. S. 770, Planck Lehrb. I S. 476 N. 27, Krech und Fischer preuß. Subh.Ordn. (3) S. 139. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 6, Petersen (2) S. 779, Altvater Arch. f. c. Pr. LXIV S. 408 ff., OLG. Oldenburg SA. XLVIII Nr. 147.] „Verfügung" ist wohl nur aus Versehen statt „Entscheidung" gesagt.

Nach RG. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 19 findet die Vorschrift des § 540 Abs. 3 der CPrO. keine Anwendung, wenn die angefochtene Verfügung vom Konsul erlassen ist. Nach RG. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete in der Redaktion der Bekanntm. v. 15. März 1888 (RGBl. S. 75) § 2 bestimmt sich das gerichtliche Verfahren für die Schutzgebiete nach den Vorschriften des RG. über die Konsulargerichtsbarkeit. An Stelle des Konsuls tritt der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte.

4. Zu Abs. 4: Litteratur: Neubauer Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 139 ff. — Die besondere Vorschrift dieses Absatzes verweist auf die Fälle des § 539, d. i. auf die Fälle, in denen die Änderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt wird; sie bezieht sich aber nicht auf alle Fälle des § 539, sondern, wie die Einfügung in den § 540 ergiebt, nur auf solche Entscheidungen, gegen die die sofortige Beschwerde stattfindet [vgl. RG. 5. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 88 S. 390]. Unter den Entscheidungen, wogegen die sofortige Beschwerde stattfindet, ist nur eine, die zu erlassen der beauftragte oder ersuchte Richter befugt ist, nämlich die Entscheidung, wodurch die Ablehnung eines von dem beauftr. oder ers. Richter ernannten Sachverständigen für unbegründet erklärt wird (§ 371 Abs. 2, 5). Sonst kann der Abs. 4 des § 540 auf Entscheidungen des beauftr. od. ers. Richters nur Bezug haben, wenn ein beauftr. od. ers. Richter unbefugterweise eine Entscheidung erließ, gegen die, wenn sie das Prozeßgericht erlassen hätte, sofortige Beschwerde stattfände. Als Entscheidungen des Gerichtsschreibers, wogegen die sofortige Beschwerde stattfände, wenn die Entscheidung vom Gerichte erlassen wäre, und die daher von § 540 Abs. 4 betroffen werden, kommen die Abweisungen von Gesuchen um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach §§ 662 Abs. 2, 664, 665, 669 in Betracht; die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht, weil dagegen keine Beschwerde, sondern nur Einwendungen nach § 668 statthaft sind. [Vgl. RG. 13. Juli Entsch. XXXI Nr. 103 S. 411.]

In den bezeichneten Fällen funktioniert das nach § 539 an das Prozeßgericht zu richtende Gesuch um Änderung der Entscheidung des beauftr. oder ers. Richters oder des Gerichtsschreibers zugleich als eventuelle Beschwerde gegen die in Unterlassung der Änderung

Digitized by Google

gelegene Bestätigung durch das Prozeßgericht. Deshalb muß das Gesuch den Erfordernissen entsprechen, die in § 532 für die Einlegung der Beschwerde gegen eine Entscheidung des Prozeßgerichts vorgeschrieben sind. Deshalb muß es innerhalb der zweiwöchigen Notfrist bei dem Prozeßgerichte eingereicht oder in den Fällen der Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 532 zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden. - Die Frist beginnt mit der Zustellung der Verfügung des beauftr. od. ers. Richters oder des Gerichtsschreibers. Das Gesuch kann nur bei dem Prozeßgerichte angebracht werden, nicht bei dem beauftr. od. ers. Richter, auch nicht bei dem Beschwerdegerichte. Wann das Gesuch eine Anwaltsschrift sein muß, ergiebt die Bem. Nr. 2 Abs. 2, 3 zu § 532. Entspricht das Prozeßgericht dem Gesuche, so hat es die Entscheidung, wenn sie nicht verkündet wird, beiden Parteien zuzustellen. Ob hiergegen dem Gegner des Gesuchstellers Beschwerde zusteht, richtet sich nach § 530. Will das Prozeßgericht dem Gesuche nicht entsprechen, so erläßt es keinen förmlichen Beschluß, stellt daher auch den Parteien nichts zu [vgl. RG. Entsch. XXV S. 390. Unrichtig: OLG. Naumburg Ztschr. f. d. CPr. XV S. 88], sondern legt das Gesuch nebst den nötigen Akten dem Beschwerdegerichte vor.

Digitized by Google

Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

Litteratur: v. Kries Rechtsmittel S. 466 ff.

1. Die Motive bemerken: „Als außerordentliche Rechtsmittel werden von dem gemeinen Prozeßrechte die querela insanabilis nullitatis und die in integrum restitutio, von dem preußischen Rechte (AGO. I 16, VO. v. 14. Dez. 1833 § 28) die Nullitätsklage und die Restitutionsklage, von dem französischen Rechte (code de proc. art. 480—504) die requête civile gewährt, während die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe teils die Nichtigkeitsbeschwerde (Nichtigkeitsklage), teils die Wiederaufnahme des Verfahrens (Wiederaufnahmeklage) einräumen. Nur der preuß. Entw. §§ 686, 687 faßt alle in Betracht kommenden Fälle unter dem Rechtsmittel der Wiederaufnahmeklage zusammen. Wie die Motive S. 172, 173 zu demselben ergeben, verkennt er keineswegs, daß die Fälle innerlich verschieden sind, je nachdem die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils wegen absoluter Nichtigkeit oder aus Billigkeitsrücksichten gefordert werden kann, er hält aber dessen ungeachtet die Zusammenfassung beider Arten von Fällen für gerechtfertigt, weil sie prozessualisch fast durchgängig denselben Grundsätzen folgen. Das Gesetz hat sich dem preuß. Entwurfe angeschlossen. Es weicht zwar insofern ab, als es die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens nicht als ein Rechtsmittel betrachtet und die Nullitäts- und die Restitutionsfälle wegen ihrer inneren Verschiedenheit als Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage auseinanderhält, allein diese Abweichungen bedingen keine erheblichen Abweichungen der Prozedur für beide Arten von Fällen — sie hindern nicht, daß fast sämtliche Prozeßnormen beiden Klagen gemeinsam sind, und gestatten daher die äußerliche Zusammenfassung beider unter der Wiederaufnahme des Verfahrens."

Die „innere Verschiedenheit" der beiden Rechtsbehelfe bestreiten Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 122 ff. und v. Kries Rechtsm. S. 466 ff. Gewiß leidet das Urteil in den Fällen der Nichtigkeitsklage nicht an einem höheren Grade von Ungültigkeit, als in den Fällen der Restitutionsklage; die Wirkung der Nichtigkeitsklage ist nicht stärker, als die der Restitutionsklage, in beiden Fällen besteht das Urteil, bis es zufolge der Anfechtung durch ein neues Urteil umgestoßen wird. Wird die Nichtigkeit nicht innerhalb der gesetzlichen Frist geltend gemacht, so wird auch das mit Nichtigkeitsklage anfechtbare Urteil trotz seinen Mängeln unanfechtbar [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXIV S. 35 f.]; es leitet deshalb irre, von absoluter Nichtigkeit zu reden. Aber ein innerer Unterschied zwischen den beiden Rechtsbehelfen besteht doch. Die Nichtigkeitsklage stützt sich auf Verstöße gegen Prozeßrechtsnormen, die Restitutionsklage auf Verletzungen des materiellen Rechts der Parteien. Dieser Unterschied tritt insbesondere darin hervor, daß die Nichtigkeitsklage begründet ist, auch wenn das Urteil sachlich gerecht war, während die Restitutionsklage nur unter der Voraussetzung stattfindet, daß eine materielle Ungerechtigkeit in dem

Digitized by Google

Urteile enthalten ist. Die in den Mot. zum preuß. Entw. S. 172 enthaltene Bemerkung, die Nichtigkeitsklage sei Ausfluß des ius strictum, die Restitutionsklage sei prätorischer Natur und Institut der aequitas, trägt zur Charakteristik der Klagen wenig oder nichts bei.

Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage werden in der CPrO. nicht „Rechtsmittel" genannt, gehören aber zu den Rechtsmitteln im weiteren Sinne (vgl. Bem. Nr. 2 zum Titel des 3. Buchs S. 599).

Durch die Erhebung der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage wird die formelle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils weder aufgehoben noch aufgeschoben; vgl. § 647. Wird das angefochtene Urteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt, so können die thatsächlichen Wirkungen des beseitigten Urteils rückgängig gemacht werden. Es kann also z. B. das auf Grund des früheren Urteils Geleistete zurückgefordert werden, jedoch kann der Anspruch auf Rückerstattung nicht in diesem Verfahren geltend gemacht werden. Eine begonnene, aber noch nicht beendigte Zwangsvollstreckung ist einzustellen und die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln sind aufzuheben, wenn das frühere Urteil durch ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben ist (§§ 691 Nr. 1, 692).

2. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung über den Verzicht auf die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage. Aus allgemeinen Erwägungen ergiebt sich Folgendes: Vor Erlassung des Urteils kann weder auf Geltendmachung der Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe im allgemeinen noch eines einzelnen Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes verzichtet werden, weil ein solcher Verzicht ein gesetzwidriges Verfahren, nach Umständen ein strafbares Handeln im Prozesse, im voraus guthieße, was contra bonos mores wäre. Nach Erlassung des Urteils kann zwar nicht im allgemeinen auf jede Wiederaufnahme des Verfahrens verzichtet werden, denn ein Verzicht auf Geltendmachung unbekannter Nichtigkeits- oder Restitutionsgründe wäre wieder contra bonos mores; wohl aber folgt aus der Bestimmung, daß das Klagerecht innerhalb einer mit Kenntnis des Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes beginnenden Frist erlischt (§ 549), die Zulässigkeit eines einseitigen oder vereinbarten Verzichts auf die Geltendmachung eines einzelnen Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes. [Vgl. Planck I S. 316, Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 307, Kohler Beitr. z. E. d. RG. XXXI S. 289 N. 22.] Auf die Erklärung des Verzichts findet Bem. Nr. 2 zu § 475 entsprechende Anwendung. Die Wirkung des Verzichts ist Verlust der Wiederaufnahmebefugnis. Über Zurücknahme der erhobenen Klage s. Bem. Nr. 1 zu § 548.

3. In Bezug auf die Gebühren wird das Wiederaufnahmeverfahren als neuer Prozeß gegenüber dem durch das Urteil abgeschlossenen behandelt.

4. Die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage ist gegen die Urteile der Gewerbegerichte sowie gegen die auf Berufung gegen solche Urteile ergangenen Urteile der Landgerichte zulässig. Dies ergiebt sich aus § 24 des RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141). Aus § 55 dieses Gesetzes kann nicht [wie Gaupp II S. 134 bei N. 11 meint] das Gegenteil gefolgert werden; denn wenn hier die Rechtsmittel zugelassen werden, die gegen Entscheidungen des Amtsgerichts zugelassen sind, so ist damit die Wiederaufnahme keineswegs ausgeschlossen.

§ 541.

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen. Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Par-

Digitized by Google

teien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen.

Mot. S. 333, 334. KPr. S. 275, 559.

1. „Endurteil" — s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 472. Auch das bedingte Endurteil kann durch Nicht.- und Rest.Klage angefochten werden, obwohl es das Verfahren nicht abschließt. Ob die in Bezug auf Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellten Urteile (s. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 472, zu den dort aufgeführten kommt noch das Urteil nach § 502) durch Nicht.- und Rest.Klage selbständig anfechtbar sind oder erst bei einer gegen das nachfolgende Endurteil zu erhebenden Nicht.- oder Rest.Klage als Vorentscheidungen in Betracht kommen, ist nicht zweifellos, da die Nicht.- und Rest.Klage nicht Rechtsmittel heißen. Für die selbständige Anfechtbarkeit spricht, daß der preuß. Entw., dem das Wiederaufnahmeverfahren der CPrO. nachgebildet ist, die Nicht.- und die Rest.Klage „Rechtsmittel" hieß und in seinem § 594 einige der fraglichen Urteile ausdrücklich als selbständig anfechtbar aufführte. Auch wird durch § 546 das Bedürfnis nach der selbständigen Anfechtbarkeit solcher Urteile jedenfalls nicht ganz beseitigt, da nach § 546 Anfechtungsgründe gegen derartige Urteile, wollte man sie als Vorentscheidungen betrachten, mit Wiederaufnahmeklage gegen das nachfolgende Urteil nicht geltend gemacht werden könnten, wenn jene von einer höheren Instanz erlassen sind, was nach § 500 vorkommen kann. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 Abs. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 135, Stein Urk.Proz. S. 298. AM. A. Förster N. 3.] Versäumnisurteile sind nach Ablauf der Einspruchsfrist mit Nicht.- und mit Rest.Klage anfechtbar. Rest.Klage gegen ein Versäumnisurteil ist nur aus § 543 Nr. 4, 5, 7 möglich; die Restitutionsgründe § 543 Nr. 1, 2, 3, 6 können dabei nicht vorkommen [v. Kries a. a. O. S. 471]. Wie Versäumnisurteile sind Vollstreckungsbefehle anfechtbar (arg. § 640). Endurteile aller Instanzen im ordentlichen wie außerordentlichen Verfahren sind anfechtbar.

2. „Rechtskräftiges" Endurteil s. § 645. Solange ein mit Einspruch, Berufung oder Revision anfechtbares Urteil noch nicht ordnungsmäßig zugestellt ist, kann es nicht mit Nicht.- oder Rest.Klage angegriffen werden, weil es nicht rechtskräftig sein kann [RG. 10. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 362]. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 549.

3. Wer zur Erhebung der Nicht.- und der Rest.Klage berechtigt ist, ergiebt sich aus entsprechender Anwendung der Bem. Nr. 2 zu § 472. — Die Prozeßvollmacht erstreckt sich kraft Gesetzes auf das Wiederaufnahmeverfahren (§ 77). Wegen Zustellung der Klage s. § 163.

4. Zu Abs. 2: Die Aussetzung erfolgt von Amtswegen nach mündlicher Verhandlung. Nach rechtskräftiger Entscheidung über die Nicht.Klage kann das Restitutionsverfahren von jeder Partei betrieben werden. Von Amtswegen wird nicht Termin bestimmt.

§ 542.

Die Nichtigkeitsklage findet statt:

1) wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
2) wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramts kraft des Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist;
3) wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, obgleich derselbe wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war;

Digitized by Google

4) wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

In den Fällen Nr. 1, 3 findet die Klage nicht statt, wenn die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte.

Mot. S. 334, 335. KPr. S. 275, 276, 560.

Litteratur: Stedl die Nichtigkeitsbeschwerde in geschichtlicher Entwickelung (Leipzig 1886) und Ztschr. f. Pr. u. d. R. XIV S. 81 ff.

1. Zu Nr. 1: Vgl. § 513 Nr. 1 und Bem. Nr. 2 dazu. Hat eine weder vom Staat als Richter bestellte noch zum Schiedsrichter berufene Persönlichkeit, z. B. ein Betrüger, der sich für den Richter ausgiebt, eine Prozeßentscheidung sich angemaßt, so liegt überhaupt kein Urteil vor. Rechtsmittel und Wiederaufnahme sind nur gegen ein Urteil und nur gegen ein von der staatlich eingesetzten Gerichtsbehörde ausgehendes Urteil möglich. Würde auf Grund der Prozeßentscheidung eines Unberufenen die Vollstreckung oder die exc. rei iudicatae versucht, so müßte bestritten werden, daß ein Urteil existiere (vgl. Mot. S. 335). Über Anfechtung von Schiedssprüchen s. § 867.

2. Zu Nr. 2: Vgl. § 513 Nr. 2 und Bem. Nr. 3 dazu. — Die Möglichkeit, den Ausschließungsgrund durch ein Ablehnungsgesuch oder ein Rechtsmittel geltend zu machen, schließt die Nicht.Klage nicht aus (KPr. S. 276). Nur wenn die Frage, ob ein Ausschließungsgrund vorliegt, negativ entschieden ist, ist die Klage versagt. Diese Entscheidung hindert auch den Gegner der Partei, die den Ausschließungsgrund geltend machte, an der Nicht.-Klage (Mot. S. 335).

3. Zu Nr. 3: Vgl. § 513 Nr. 3 und Bem. Nr. 4 dazu.

4. Zu Nr. 4: Vgl. § 513 Nr. 5. Die Erörterungen in Bem. Nr. 6 zu § 513 finden hierher entsprechende Anwendung. Mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Nichtigkeitsklage ist folgendes anzufügen:

Zu Abs. 1 litt. d der Bem. Nr. 6 zu § 513: Da die Nichtigkeitsklage nicht bloß gegen Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch an sich nicht statthaft ist, sondern gegen alle Versäumnisurteile möglich ist, so kann die Nichtigkeitsklage stets auf den Mangel der Ladung der kontumazierten Partei gestützt werden. War z. B. der Beklagte, gegen den das Versäumnisurteil erging, zu dem Termine überhaupt nicht geladen, indem die Ladung irrtümlich einer anderen Person gleichen oder ähnlichen Namens zugestellt wurde, so kann er darauf die Nichtigkeitsklage stützen. — Dagegen liegt Mangel der gesetzlichen Vertretung auch hier nicht vor, wenn die Ladung der Partei, an die sie gerichtet war, zugestellt, dabei aber gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Zustellungen verstoßen wurde (Beispiel s. in Bem. Nr. 6 Abs. 1 litt. e g. E.). [Vgl. RG. 10. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 361 f.; das Urteil ist nicht gut begründet. Gegen dasselbe Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 17 ff.] — Kein Fall der mangelnden gesetzlichen Vertretung liegt vor, wenn der Partei die Aktiv- oder Passivlegitimation zur Sache (legitimatio ad causam) fehlt. Der Mangel des wechselseitigen Gehörs ist nicht identisch mit dem Mangel der gesetzlichen Vertretung; jener Mangel ist kein selbständiger Nichtigkeitsgrund [vgl. Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 138, Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 737. AM. Fitting Arch f. c. Pr. LXI S. 436]. Der Mangel der gesetzlichen Vertretung kann durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, auch wenn die Frage, ob gesetzliche Vertretung vorliegt, in dem Verfahren vor dem Urteile schon angeregt und in dem Urteile entschieden ist; denn wenn ein Mangel vorhanden ist, war die Partei in dem früheren

Digitized by Google

Verfahren unvertreten (vgl. Mot. S. 335). Über das Verhältnis der Nichtigkeitsklage aus § 542 Nr. 4 zu dem Einspruche und den Rechtsmitteln s. Bem. Nr. 3 zu § 549.

Zu Abs. 3 der Bem. Nr. 6 zu § 513: Die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung kann sowohl von der nicht vertretenen Partei, wie auch vom Gegner erhoben werden. Erhebt dieser die Klage, so riskiert er, daß ihm der Klagegrund durch nachträgliche Genehmigung entzogen wird. Dann ist die Nichtigkeitsklage zu verwerfen, dem Nichtigkeitsbeklagten können nach Analogie des § 92 Abs. 2 die Kosten auferlegt werden.

5. Zu Abs. 2: Der Abs. 2 wurde in der JK. d. RT. eingefügt und folgendermaßen begründet:

„Darüber, ob einer der in Nr. 1 und 3 angegebenen Nichtigkeitsgründe vorliege, könne sich die Partei schon zur Zeit der Verkündung des Urteils vergewissern. Sofern ihr also gegen letzteres ein Rechtsmittel zustehe, d. h. gegenüber den Urteilen der Amtsgerichte, der Landgerichte in erster Instanz und der Oberlandesgerichte, möge sie den Fehler innerhalb der Rechtsmittelfrist rügen. Ein Grund, ihr dazu die lange Frist der Nichtigkeitsklage zu gewähren, liege nicht vor. Die unter Nr. 2 und 4 angeführten Mängel dagegen könnten leicht erst nach Ablauf der Rechtsmittelfristen der Partei bekannt werden."

Es ist nicht klar, ob hiernach die Nicht.Klage aus den Gründen Nr. 1 und 3 nur stattfindet, wenn das Urteil überhaupt nicht durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist, oder auch dann, wenn zwar ein Rechtsmittel zulässig war, die Partei aber wegen unverschuldeter Unkenntnis des Nichtigkeitsgrundes diesen nicht durch das Rechtsmittel geltend machen konnte. Die obige Begründung des neu eingefügten Satzes scheint für die erstere Auslegung zu sprechen. Daß die Fassung des Abs. 2 nicht dem § 545 nachgebildet ist, würde gleichfalls in diesem Sinne zu verwerten sein, wenn sicher wäre, daß die Abweichung keine zufällige ist. Aber der Gesetzestext ist mit dieser Auslegung nicht wohl vereinbar. Man kann nicht sagen, daß die Nichtigkeit mittels eines Rechtsmittels „geltend gemacht werden konnte", wenn sie der Partei ohne ihr Verschulden nicht bekannt war. [So auch Struckm. Koch N. 7, Gaupp II S. 138 bei N. 17, Hellmann Lehrb. S. 774, v. Kries S. 473 ff. AM. Wilm. Levy N. 5, Petersen (2) S. 784]. — Daß der Nichtigkeitsgrund durch Einspruch hätte geltend gemacht werden können, schließt die Nicht.Klage nicht aus; denn der Einspruch ist nach dem Sprachgebrauche der CPrO. kein Rechtsmittel.

6. Die Nichtigkeitsgründe des § 542 können weder durch Feststellungsklage noch durch Einrede oder Replik geltend gemacht werden. Das folgt aus dem rechtsmittelartigen Charakter der Nichtigkeitsklage, aus den Bestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit (§ 547) und aus den Besonderheiten des Verfahrens. [Vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 129 ff.]

7. Nur aus den in § 542 aufgezählten Gründen kann ein rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt werden. Unzuständigkeit, Unzulässigkeit des Rechtswegs, Versagung des rechtlichen Gehörs sind keine Nichtigkeitsgründe.

§ 543.

Die Restitutionsklage findet statt:

1) **wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urteil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;**
2) **wenn eine Urkunde, auf welche das Urteil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;**

Digitized by Google

3) wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urteil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
4) wenn das Urteil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
5) wenn ein Richter bei dem Urteile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
6) wenn ein strafgerichtliches Urteil, auf welches das Urteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist;
7) wenn die Partei
   a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urteil, oder
   b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

   Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urteil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatsache oder deren Gegenteil für bewiesen erachtet ist.

Mot. S. 335—337. KPr. S. 276—278, 560.

1. Die Restitutionsfälle teilen sich in zwei Gruppen. Die erste Gruppe (Nr. 1—5) enthält Fälle, in denen strafbare Handlungen unterlaufen sind. Für diese gilt § 544. In den Fällen der Nr. 1—4 muß die strafbare Handlung für das angefochtene Urteil kausal sein, d. h. es ist erforderlich, daß ohne die strafbare Handlung nicht so entschieden worden wäre, wie entschieden ist. Im Falle der Nr. 5 wird Kausalität der strafbaren Handlung für die Entscheidung nicht verlangt. Die zweite Gruppe (Nr. 6 und 7) enthält Fälle, in denen neues Vorbringen die nochmalige Prüfung der Entscheidung rechtfertigt.

2. Zu Nr. 1: „Parteieid" — zugeschobener, zurückgeschobener Eid (§§ 410, 413) richterlicher Eid (§ 437), eidliche Versicherung zur Glaubhaftmachung (§ 266), Editionseid (§ 391) — geleistet von der Partei, einem gesetzlichen Vertreter, einem Nebenintervenienten (§ 414) oder einem Dritten (§ 415). Der Offenbarungseid (§§ 711, 769) gehört nicht hierher, weil auf dessen Leistung kein Urteil begründet sein kann. — Dem Eide steht die nach § 446 zulässige Beteuerungsformel gleich. — In Betracht kommen die Thatbestände der §§ 153, 163 des StrGB. — Der Eid muß in dem betreffenden Prozesse geleistet sein. Das angefochtene Urteil muß auf der Eidesleistung beruhen; dabei ist der Eid als Ganzes zu betrachten, es ist nicht zwischen den einzelnen Sätzen zu unterscheiden [RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 324 f.]. — Ist der Eid auf Grund eines bedingten Endurteils geleistet, so ist die Rest.Kl. aus § 543 Nr. 1 nicht gegen das bedingte Urteil, sondern gegen die s. purificatoria zu richten; nur diese ist aufzuheben, wenn die

Digitized by Google

Rest.Kl. begründet erscheint; das bedingte U. bleibt bestehen [RG. 16. Okt. 1883 Entsch. X Nr. 119 S. 383, 11. Nov. 1892 XXX Nr. 108 S. 360. AM. Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 386 ff.]; es kann aber bei wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zu- und Zurückschiebung des Eides widerrufen (§ 432) oder, wenn das bedingte Urteil einen richterlichen Eid auferlegte, Antrag auf Zurücknahme dieses Eides gestellt (§ 439 Abs. 2) und dadurch die in § 433 vorgesehene Prozeßlage herbeigeführt werden. Regelmäßig wird die Bezugnahme auf das Strafurteil gegen den Schwurpflichtigen genügen, um den Beweis zu Gunsten seines Gegners als erbracht anzunehmen. Auch kann aus der Wiederaufnahmeverhandlung sich die Eidesweigerung ergeben [RG. Entsch. X S. 385].

3. Zu Nr. 2: Vgl. StrGB. §§ 267—269, 271. Es ist gleichgültig, ob die Gegenpartei oder ein Dritter die Fälschung vorgenommen hat und ob die Partei, die die Urkunde vorlegte, die Fälschung kannte oder nicht. Doch setzt die Restitutionsklage einen strafbaren Thatbestand voraus (arg. § 544); es muß also, abgesehen von dem Falle des § 271 des StrGB., jemand — sei dies die Partei oder ein Dritter durch die gutgläubige Partei als Werkzeug — von der Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht haben.

4. Zu Nr. 3: Vgl. StrGB. §§ 154, 155, 163. Die Nr. 3 deckt auch die Fälle, in denen ein im Verfahren zugezogener Dolmetscher falsch gedolmetscht hat (Mot. S. 136). Wegen unbeeidigten falschen Zeugnisses findet keine Restitutionsklage statt (KPr. S. 276).

5. Zu Nr. 4: Vgl.: C. de proc. art. 480 nr. 1. Beispiele: Verleitung zum Falscheid (StrGB. § 160), Nötigung des Gegners zu Geständnis, Verzicht, Anerkenntnis (StrGB. § 240), Betrug (StrGB. § 263), Untreue (StrGB. § 266), Prävarikation (StrGB. § 356) u. s. w. — Bloßes Disziplinarvergehen ist kein Restitutionsgrund (Mot. S. 337). Vertreter ist, wer als gesetzlicher Vertreter oder als Prozeßbevollmächtigter bei der Prozeßführung beteiligt war.

6. Zu Nr. 5: Vgl. StrGB. §§ 334, 335, 339, 348. Liegt eine strafbare Handlung des Richters vor, so ist der Nachweis eines Kausalzusammenhanges dieser Handlung mit dem Urteile nicht erforderlich. Die Mot. S. 336 sagen ungenau, der Zusammenhang sei hier stets als vorhanden anzunehmen. Bloßes Disziplinarvergehen des Richters ist kein Rest.Grund. — Daß der bestrafte Richter nicht bei der Entscheidung über die Restitutionsklage mitwirken darf, erklären die Mot. S. 337 als selbstverständlich.

7. Zu Nr. 6: Die Motive bemerken: „Nach dem Gesetze ist zwar dem im Strafverfahren ergehenden Urteile, sowohl dem verurteilenden als dem freisprechenden, keine bindende Kraft für den Civilprozeß beigelegt worden (s. EG. § 14 Nr. 1), es ist aber dessen ungeachtet davon auszugehen, daß die Thatsache der Verurteilung oder Freisprechung im Strafverfahren ein sehr bedeutendes Moment für die Begründung der Überzeugung des Richters im Civilprozesse bilden wird. Ist ein im Strafverfahren ergangenes Urteil im Civilprozesse vorgebracht, so läßt sich aus dem darauf ergehenden Urteile entnehmen, ob dasselbe auf jenes Urteil gegründet ist. Ist dies der Fall, dann erfordert die Gerechtigkeit die hier angeordnete Restitution."

Der Rest.Grund Nr. 6 trifft sowohl dann zu, wenn das zu Grunde liegende strafgerichtliche Urteil rechtskräftig war und im Wiederaufnahmeverfahren (StrPrO. § 339) beseitigt wurde, wie auch dann, wenn der Civilrichter sein Urteil auf ein noch nicht rechtskräftiges Urteil des Strafgerichts gründete, das zufolge eines Rechtsmittels aufgehoben ward.

8. Zu Nr. 7: Die Motive bemerken: „Die Nr. 7 regelt die restitutio propter noviter reperta. Dieselbe ist gegen das französische Recht (C. de proc. art. 480 nr. 10) im Anschlusse an das gemeine (vgl. Wetzell Syst. 687) und das preußische Recht (AGO. I 16 § 17) ohne Rücksicht auf einen Dolus des Gegners zugelassen. Den Urkunden sind ausdrücklich früher erlassene rechtskräftige Urteile beigezählt und gleichgestellt, da deren

Digitized by Google

Auffinden dieselbe Rücksicht wie das Auffinden anderer Urkunden verdient; die ermittelte Existenz eines widersprechenden Urteils involviert die Versäumung der exceptio rei iudicatae. Die Einschränkung der Nr. 7b für den Fall der erfolgten Eidesleistung beruht darauf, daß der durch die Eidesleistung geführte Beweis, gleichviel ob der geleistete Eid ein Wahrheitseid oder ein Überzeugungseid ist, nur durch Restitution gemäß Nr. 1 angefochten werden kann (§ 428 Abs. 2). Den Urkunden stehen neu aufgefundene Zeugen nicht gleich, weil Urkunden sowohl für den Beweis, als auch für die Ermittelung der zu beweisenden Thatsachen eine hervorragende Bedeutung haben. Ebensowenig ist das Entdecken neuer Thatsachen geeignet, eine Wiederaufnahme des einmal zum Abschluß gekommenen Rechtsstreits zu begründen."

Zu Nr. 7a: Das aufgefundene Urteil muß geeignet sein, die exceptio oder replica rei iudicatae zu begründen; es muß also de eadem re und, abgesehen von den Fällen der ausnahmsweisen Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte, unter denselben Parteien oder ihren Rechtsvorgängern ergangen sein. Die Restitution ist auch zulässig, wenn das neu aufgefundene Urteil sich auf einen Präjudizialpunkt bezieht, der in dem angefochtenen Urteile nur in den Entscheidungsgründen entschieden ist. Auf ein ausländisches Urteil kann die Rest.Klage gestützt werden, wenn es im Inlande die exc. rei iud. begründet (vgl. Bem. Nr. 8 zu § 661).

Zu Nr. 7b: Die Urkunde muß geeignet sein, für sich allein oder in Verbindung mit den Beweisergebnissen des früheren Verfahrens eine für den Restitutionskläger günstigere Entscheidung herbeizuführen [RG. 7. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 97 S. 321, 5. Juli 1886 XVI Nr. 107 S. 438]; es genügt nicht, daß die Urkunde in Verbindung mit erst zu erhebenden Beweisen eine günstigere Entscheidung herbeizuführen geeignet wäre [RG. 12. Dez. 1883 Entsch. XIV Nr. 90 S. 329 ff.] Die Beweisführung über die Echtheit der Urkunde und über die Zeit ihrer Ausstellung ist nicht beschränkt [RG. 5. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 107 S. 436]. Es ist nicht verlangt, daß die Urkunde mit gesetzlicher Beweiskraft ausgestattet sei. Der nordd. Entw. § 856 und der Entw. I § 493 verlangten eine „vollbeweisende" Urkunde. Dieses Erfordernis ist in den späteren Entwürfen beseitigt. — Daß die Thatsache, die durch die Urkunde erwiesen wird, in dem früheren Verfahren schon vorgebracht wurde, ist nicht erforderlich. Es kann z. B. auf Grund einer neu aufgefundenen Quittungsurkunde Restitution verlangt werden, selbst wenn die Zahlung früher gar nicht behauptet worden war. Im hann. Entw. § 626 Nr. 6 (vgl. hann. Prot. XI S. 3939 f.) war allerdings bestimmt, daß die neu aufgefundene Urkunde zum Beweise einer von dem Restitutionskläger in dem früheren Verfahren rechtzeitig vorgebrachten Thatsache dienen müsse; aber die späteren Entwürfe ließen diese Beschränkung fallen. Die nordd. Prot. S. 1611 wie die Motive zu Entw. III ergeben nur, daß die Restitution nicht lediglich wegen neu aufgefundener Thatsachen ohne neu aufgefundene Urkunden statthaft sein soll. [Vgl. Wilm. Levy N. 13. AM. Gaupp II S. 142 bei N. 25.] — Die Restitution ist auch möglich, wenn die Urkunde zum Beweise der Unwahrheit einer vom Gegner behaupteten Thatsache dient. War diese Thatsache vom Restitutionskläger in dem früheren Verfahren gerichtlich zugestanden, so müssen die Voraussetzungen des § 263 vorhanden sein.

9. Andere Restitutionsgründe als die in § 543 aufgeführten kennt das Gesetz nicht. Auch die restitutio contra sententiam propter minorem aetatem ist beseitigt.

§ 544.

In den Fällen des vorhergehenden Paragraphen Nr. 1—5 findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durch-

Digitized by Google

führung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

Der Beweis der Thatsachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschiebung nicht geführt werden.

Mot. S. 337, 338. KPr. S. 278, 279, 560.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Wenn die im Strafverfahren erfolgende Verurteilung wegen einer der als Restitutionsgrund dienenden strafbaren Handlungen (§ 543 Nr. 1—5) für den Richter im Civilverfahren auch nicht bindend ist (s. EG. § 14 Nr. 1), so kann doch ohne Inkonsequenz die außerordentliche Rechtshülfe der Restitution von einer solchen Verurteilung der Regel nach abhängig gemacht werden. Denn unter allen Umständen ist es ein unerwünschter Zustand, daß im Civilverfahren über eine strafbare Handlung gestritten wird, zu deren Feststellung das zunächst dafür bestimmte Strafverfahren nicht ausreicht. Auch ist die dem Civilrichter nach dem strafgerichtlichen Urteile belassene Freiheit der Beurteilung eine mehr prinzipielle als thatsächliche, und ein Auseinandergehen der Urteile kann nur unter besonderen Umständen erwartet werden. Die Verurteilung ist aber nur als Regel festgehalten. Ist dieselbe wegen äußerlicher, hinzugetretener Umstände, wegen Abwesenheit, Tod, Verjährung, später eingetretener Unzurechnungsfähigkeit unmöglich geworden, so würde es den Anforderungen der Gerechtigkeit widersprechen, deshalb die Restitution auszuschließen."

Wurde das Strafverfahren eingestellt, weil der Beschuldigte z. B. der Handlung (z. B. der Eidesleistung) unzurechnungsfähig war, so ist die Rest.Kl. nicht zulässig [OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 363].

Die Restitution kann auch auf Grund eines ausländischen Strafurteils verlangt werden; denn das inländische und das ausländische Strafurteil stehen im Verhältnis zur Civilsache gleich (vgl. nordd. Prot. S. 1615). [AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 544 für den Fall, daß das ausländ. U. gegen einen Deutschen erging, wegen StGB. § 5 Nr. 3; aber die strafrechtliche Wirkungslosigkeit des ausländischen Urteils ist hier wohl ohne Bedeutung.]

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Der Ausschluß des Beweises der Restitutionsgründe durch Eideszuschiebung wird durch die Natur dieser Gründe geboten." Der wahre Grund des Ausschlusses der Eideszuschiebung liegt darin, daß die thatsächliche Unterlage des Rest.Grundes von Amtswegen zu prüfen ist (§ 552). Über die Echtheit und die Ausstellungszeit einer Privaturkunde, auf deren Auffindung die Restitutionsklage nach § 542 Nr. 7b gestützt wird, kann der Eid zugeschoben werden [RG. 5. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 107 S. 438]. Auch den Erben der ursprünglichen Partei kann zum Beweise des Rest.Grundes der Eid nicht zugeschoben werden. Richterlicher Eid ist zulässig. [Zu den beiden letzten Sätzen vgl. RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 322 ff.] Eideszuschiebung bezüglich der die Nicht.Klage begründenden Thatsachen ist zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber wegen der Offizialprüfung (§ 552) gleichfalls als unzulässig zu erachten.

§ 545.

Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen.

Mot. S. 338. KPr. S. 279, 560.

1. „Ohne ihr Verschulden". Jedes Verschulden, nicht bloß ein grobes Verschulden [vgl. RG. 15. Juni 1894 Bl. f. RA. XIII Erg.Bd. S. 15 f.] der Partei oder ihres Vertreters (arg. § 210) macht die Klage unzulässig.

2. „Außerstande war — geltend zu machen". Dies ist der Fall, wenn der

Digitized by Google

Restitutionsgrund in einem Prozeßstadium, wo er noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Urteile oder durch Einspruch oder durch Berufung oder mittels Anschließung hätte geltend gemacht werden können, noch nicht eingetreten oder der Partei und ihrem Vertreter unverschuldeter Weise unbekannt geblieben war. Daher ist die Restitutionsklage gegen ein Vorbehaltsurteil (§§ 502, 562) nicht zulässig, wenn der Restitutionsgrund zur Zeit des Nachverfahrens der Partei bekannt war [Stein Urk.Prozeß S. 322 ff., RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 322]. Dagegen ist die Rest.Klage zulässig gegen ein Läuterungsurteil (§ 427 Abs. 2), obwohl der Restitutionsgrund der Partei schon in der diesem Urteile vorangehenden Verhandlung bekannt war, weil er in dieser Verhandlung nicht mehr geltend gemacht werden konnte [RG. 9. Apr. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 397 ff.]. Nicht eingetreten war der Restitutionsgrund des § 543 Nr. 7, so lange die Partei das Urteil oder die Urkunde nicht benützen konnte, z. B. weil sie sich in den Händen eines nicht zur Edition Verpflichteten befanden, selbst wenn Existenz des Urteils oder Urkunde der Partei bekannt war [RG. 18. Sept. 1893 Entsch. XXXII Nr. 93 S. 370].

3. Der Restitutionskläger muß darthun, daß er ohne sein Verschulden außer stande war ꝛc. ꝛc. Auch die Wahrheit der Umstände, woraus hervorgehen soll, daß der Rest.-Kläger ohne sein Verschulden außer stande war ꝛc. ꝛc., unterliegt der Offizialprüfung (§ 552).

§ 546.

Mit den Klagen können Anfechtungsgründe, durch welche eine dem angefochtenen Urteile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urteil auf dieser Entscheidung beruht.

Mot. S. 338, 339. KPr. S. 279, 560.

1. Die Motive bemerken: „Wie die Vorschrift der §§ 473, 510, so erstreckt der § 546 die Anfechtung auf die dem Endurteile vorausgegangenen Entscheidungen. Das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs des Endurteils mit denselben entspricht den bei der Revision angenommenen Grundsätzen. Es ist für die Restitutionsgründe bereits aus § 543 zu entnehmen, für die Nichtigkeitsgründe aber noch nicht ausgesprochen; es wird von Bedeutung, wenn eine vorausgegangene Entscheidung infolge veränderter Lage der Sache oder veränderter Auffassung derselben oder durch die erneute Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz ihre Bedeutung verloren hat.

Die Beschränkung auf Anfechtungsgründe, welche Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz betreffen, ist notwendig, weil in den höheren Instanzen Urteile ergehen können, welche keine Entscheidung in der Sache selbst geben, aber doch für das demnächst in der unteren Instanz ergehende Urteil maßgebend sind, so daß dieses auf denselben beruht. In diesem Falle ist, wenn der Anfechtungsgrund das Urteil der höheren Instanz betrifft, die Anfechtung unmittelbar gegen dieses und nicht gegen das in der Sache selbst ergangene Urteil der unteren Instanz zu richten, welches letztere dann durch die Aufhebung des ersteren mitbetroffen wird."

2. Unter den vorausgegangenen Entscheidungen sind nur solche zu verstehen, die nicht selbständig mit Nicht.- oder Rest.Klage anfechtbar sind (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 541).

§ 547.

Für die Klagen ist ausschließlich zuständig: das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das angefochtene Urteil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urteilen von dem Berufungsgerichte erlassen wurde, oder wenn ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund des § 543 Nr. 1—3, 6, 7 angefochten wird, das Berufungsgericht; wenn ein in der

Digitized by Google

Revisionsinstanz erlassenes Urteil auf Grund der §§ 512, 543 Nr. 4, 5 angefochten wird, das Revisionsgericht.

Sind die Klagen gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.

Mot. S. 339, 340. KPr. S. 269, 560.

1. § 547 bestimmt die sachliche Zuständigkeit und den Gerichtsstand für die Nicht.- und die Rest.Klage. Zuständigkeit und Gerichtsstand sind ausschließlich. Die Klagen können weder durch Vereinbarung noch durch Prorogation an ein anderes Gericht gebracht werden.

2. Zu Abs. 1: I. In dem Rechtsstreite hat nur die erste Instanz geurteilt. Dann ist das Gericht erster Instanz für die Wiederaufnahmeklage zuständig.

II. In dem Rechtsstreite haben zwei Instanzen geurteilt. a) Das Berufs.-Ger. hat die Berufung als unzulässig verworfen (§ 497). Dann unterliegen die Urteile beider Instanzen selbständiger Anfechtung. Das eine Urteil kann nicht aus Gründen angefochten werden, die nur das andere betreffen, und wenn nur eines angefochten wird, so ist es in der Instanz anzufechten, worin es erlassen ist. Zur Verhütung gleichzeitiger Verhandlung in zwei Instanzen schreibt jedoch die CPrO. vor, daß im Falle der Anfechtung beider Urteile aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen die Berufungsinstanz beide Klagen an sich zieht (Mot. S. 340). [Teilweise anders v. Kries Rechtsm. S. 492 N. 271.] b) Das Ber.Ger. hat das Urteil erster Instanz aufgehoben, aber nicht selbst in der Sache erkannt, sondern nach § 500 oder § 501 zurückverwiesen; die erste Instanz hat das Endurteil gefällt. Die Sache steht, wie im Falle ad a. Betrifft der Anfechtungsgrund das Urteil des Berufs.Ger., so ist dieses durch Klage beim Berufs.Ger. anzufechten. Betrifft der Anfechtungsgrund das zweite Urteil der ersten Instanz, so ist die Klage bei der ersten Instanz zu erheben. Werden beide Urteile aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen angefochten, so ist die Klage beim Berufs.Ger. zu erheben. c) Das Berufs.Ger. hat die Berufung für zulässig erachtet und in der Sache selbst bestätigend oder abändernd erkannt. Dann ist die Klage gegen das zweitinstanzielle Urteil zu richten. Zuständig ist das Berufs.Ger. und zwar auch dann, wenn das Urteil des Berufungsgerichts ein Versäumnisurteil ist. [Vgl. Mot. S. 339, RG. 2. Mai 1892 SA. XLVII Nr. 172, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 251.]

III. In dem Rechtsstreite haben drei Instanzen geurteilt. a) Das Rev.-Ger. hat die Revision als unzulässig verworfen (§ 529 cf. § 497). Dann unterliegen die Urteile des Berufs.- und des Rev.Ger. selbständiger Anfechtung. Jedes ist in der Instanz anzufechten, in der es erlassen ist. Werden beide Urteile angefochten, so ist im Gesetze eine vis attractiva des einen oder anderen Gerichts nicht vorgesehen. Es ist also gesondertes Verfahren in den zwei Instanzen möglich. b) Das Rev.Ger. hat das Urteil des Berufs.Ger. aufgehoben, aber nicht selbst in der Sache erkannt, sondern zurückverwiesen, und das Berufs.Ger. hat zum anderenmal in der Sache erkannt. Dann ist zu unterscheiden: α) Der Anfechtungsgrund betrifft nur das zweite Urteil des Berufs.Ger. Dann ist dieses Urteil allein anzufechten. Zuständig ist das Berufs.Ger. β) Der Anfechtungsgrund betrifft das Urteil des Rev.Ger. Zuständig ist das Rev.Ger. [AM. v. Kries S. 492 N. 271.] Für den Fall, daß ein Grund zur Anfechtung des Rev.Urteils und auch ein Grund zur Anfechtung des zweitinstanziellen Urteils vorliegt, ist keine vis attractiva des Rev.Ger. vorgesehen. c) Das Rev.Ger. hat die Revision als unbegründet verworfen. Die Anfechtung ist gegen das Rev.Urteil zu richten. Zuständig ist das Rev.-

Digitized by Google

Ger. Aber auch gegen das durch die Verwerfung der Revision rechtskräftig gewordene Urteil des Berus.Ger. ist selbständige Anfechtungsklage möglich, wenn dieses Urteil durch den Anfechtungsgrund betroffen wird. Für diese Klage ist das Berufungsgericht zuständig (Mot. S. 340). [Vgl. RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 395, 22. Dez. 1885 XV Nr. 106 S. 389.] d) Das Rev.Ger. hat abändernd in der Sache selbst erkannt. Die Anfechtung ist gegen das Rev.Urteil zu richten. Stützt sich die Klage auf § 542 oder § 543 Nr. 4 oder 5, so ist das Rev.Ger. zuständig. Stützt sich die Klage auf § 543 Nr. 1—3, 6 oder 7, so ist das Berus.Ger. zuständig. Diese Verschiebung der Zuständigkeit rechtfertigen die Motive folgendermaßen:

„Auch das Revisionsurteil, welches eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst giebt, hat das Urteil des Berus.Ger. nicht völlig beseitigt, sondern dessen Entscheidung über die rein thatsächlichen Fragen des Rechtsstreits unberührt gelassen. Deshalb müssen die Restitutionsgründe, welche lediglich eine bestimmte Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhältnisses bezwecken, auch dann in der Berufungsinstanz angebracht werden, wenn das Revisionsurteil, weil ein anderes überhaupt nicht vorhanden ist, formell das allein anfechtbare ist."

e) Mehrere Teilurteile sind in Bezug auf die Wiederaufnahmeklagen ebenso selbständig, wie bezüglich der Rechtsmittel, müssen also einzeln angefochten werden. Die Zuständigkeit für die eine Klage wird durch die Zuständigkeit für die andere nicht berührt. Wird ein erstinstanzielles Teilurteil und ein zweitinstanzielles Urteil über einen anderen Teil aus demselben Grunde oder aus verschiedenen Gründen angefochten, so gehört die eine Klage vor die erste, die andere vor die zweite Instanz. [AM. v. Kries S. 495; aber die „mehreren angefochtenen Urteile" des § 547 sind nur unter- und übergeordnete Urteile über denselben Anspruch.] Gehören zwei Klagen gegen zwei Teilurteile zu derselben Instanz, so können sie verbunden werden.

3. Zu Abs. 2: die Zuständigkeit für die Klagen zur Anfechtung eines Vollstreckungsbefehls richtet sich nach der Zuständigkeit, die im Falle des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl für die Hauptsache eingetreten sein würde (§§ 636, 637).

4. Besteht zufolge veränderter Organisation das Gericht nicht mehr, das nach den vorstehenden Erörterungen für die Wiederaufnahmeklage zuständig wäre, so ist dasjenige Gericht zuständig, dem der Bezirk des aufgehobenen Gerichts zugeteilt ist. Ist der Bezirk zerlegt, so wird das Gericht zuständig, dem der für den Gerichtsstand des Prozesses maßgebende Ort zugeteilt ist. Ergiebt sich aus dieser Zuteilung die Zuständigkeit nicht, weil mehrere durch verschiedene Orte bestimmte Gerichtsstände in dem zerlegten Bezirke begründet waren und diese Orte verschiedenen Sprengeln zugeteilt sind oder weil der Gerichtsstand vereinbart war und daher die Beziehung zu einem bestimmten Orte fehlt, so ist § 36 Nr. 2 anwendbar. [Über Veränderung der Gerichtsbezirke vgl. Betzinger Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 429 ff., Koppers Arch. f. d. R. IX S. 201 ff.]

5. Wurde die Klage bei einem unzuständigen Gerichte erhoben, so ist sie von Amtswegen durch absolutio ab instantia zurückzuweisen, weil die Zuständigkeit des § 547 ausschließlich ist. Ebenso ist zu verfahren, wenn die Klage in den Fällen der Bem. Nr. 2 Ziff. II, III formell gegen das Urteil einer anderen Instanz gerichtet ist, als dasjenige, wogegen sie zu richten gewesen wäre. [Vgl. RG. 2. Mai 1891 SA. XLVII Nr. 172.]

§ 548.

Auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren finden die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung, sofern nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich eine Abweichung ergiebt.

Mot. S. 340. KPr. S. 279, 560.

Digitized by Google

1. Die allgemeinen Vorschriften — nämlich für das Verfahren bei dem Gerichte und in der Instanz, wo die Klage zu erheben ist. Da sich die Prozeßvollmacht auf das Wiederaufnahmeverfahren erstreckt (§ 77), ist die Klage dem Prozeßbevollmächtigten der Instanz (§ 163) zuzustellen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 163. — Wegen Unzulässigkeit der Verbindung mit einer anderen Klage s. Bem. Nr. 2 g. E. zu § 232. — Aus den allgemeinen Vorschriften ergiebt sich die Zulässigkeit der Zurücknahme der Klage und des Verzichts auf das Klagerecht. Aber wegen der rechtsmittelähnlichen Natur der Wiederaufnahmeklage kann die Zurücknahme der Klage nicht bloß die Aufhebung der Rechtshängigkeit (§ 243), sondern sie muß wie der Verzicht den Verlust der Klage bewirken [vgl. Planck I S. 316]. Der Kläger ist daher nach Zurücknahme der Klage wie nach dem Verzichte auf Antrag des Beklagten mit der Klage kostenpflichtig abzuweisen (arg. §§ 277, 476 Abs. 3). Aus dem Zusammenfallen von Zurücknahme und Verzicht sowie aus der Unmöglichkeit einer Anschließung folgt weiter, daß die Zurücknahme einer Wiederaufnahmeklage ohne Einwilligung des Beklagten auch nach der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache möglich ist. Die bezüglich der Statthaftigkeit der Klagen eintretende Offizialprüfung (§ 552) schließt ein Anerkenntnis des Beklagten mit der Wirkung des § 278 im iudicium rescindens aus.

2. Die Anwendbarkeit der Regeln über das Versäumnisurteil (§§ 295 ff.) wird in den Motiven S. 340 als selbstverständlich bezeichnet. Bei Versäumnis des Wiederaufnahmeklägers ergiebt sich aus § 295, daß der Kläger mit der Wiederaufnahmeklage abzuweisen ist. Ist der Wiederaufnahmebeklagte nicht erschienen, so ist zu unterscheiden zwischen der Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme (iudicium rescindens) und der Entscheidung über die Hauptsache (iudicium rescissorium). Das auf das iudicium rescindens bezügliche thatsächliche Vorbringen des Wiederaufnahmeklägers wird von der Versäumnisfolge des § 296 nicht getroffen, weil die Offizialprüfung Platz greift (§ 552). Ergiebt sich, daß die Klage unzulässig oder nicht begründet ist, so muß sie trotz dem Ausbleiben des Wiederaufnahmebeklagten abgewiesen werden. Dieses Urteil ist kein Versäumnisurteil, weil es nicht auf einer Versäumnisfolge beruht. Ist aber die Klage zulässig und begründet, dann treten in Bezug auf die Hauptsache (im iudicium rescissorium) je nach der Parteistellung des ausgebliebenen Wiederaufnahmebeklagten und der Instanz die Versäumnisfolgen der §§ 295, 296 oder 504 — möglicherweise auch des § 430 — ein, soweit eben diese Versäumnisfolgen nach der Prozeßlage vor Erlassung des angefochtenen und außer Kraft gesetzten Urteils eintreten konnten (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297). Beispiele: a) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der ersten Instanz. Ist der Wiederaufnahmebeklagte der Kläger, so wird er mit der Klage abgewiesen. Ist er der Beklagte, so wird das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, soweit dasselbe zulässig ist (dazu vgl. Bem. Nr. 2 zu § 553), als zugestanden angenommen ꝛc. b) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der Berufungsinstanz. Ist der Wiederaufnahmebeklagte Berufungskläger, so wird er mit der Berufung abgewiesen. Ist er der Berufungsbeklagte, so treten die Versäumnisfolgen des § 504 Abs. 2 ein. c) Die wiederaufgenommene Verhandlung liegt in der Revisionsinstanz. Ist der Wiederaufnahmekläger Revisionskläger, so wird er mit der Revision abgewiesen. Ist er der Revisionsbeklagte, so wird thatsächliches mündliches Vorbringen, soweit es zulässig ist, als zugestanden angenommen ꝛc. (vgl. jedoch Bem. Nr. 2 litt. b zu § 520). — Gegen das Versäumnisurteil kann Einspruch erhoben werden. [Abweichende Ansichten bezüglich des Versäumnisfalls bei v. Kries S. 510 f. und teilweise bei Gaupp II S. 148, 156 f. Kries hält wegen der Offizialprüfung ein Versäumnisurteil überhaupt für ausgeschlossen; aber aus § 552 folgt nicht, daß das Gericht bei Versäumnis des Wiederaufnahmeklägers die Offizialprüfung unternehmen muß, und in

Digitized by Google

das iudicium rescissorium greift die Offizialprüfung des § 552 gar nicht ein. Gaupp will bei einer Klage aus § 543 Nr. 1—3 stets den § 504 Abs. 2 anwenden. Aber das Verhältnis des wiederaufgenommenen Verfahrens zum früheren ist nicht das gleiche, wie das Verhältnis des Berufungs- zum erstinstanziellen Verfahren.]

3. Über die Geltung der besonderen Vorschriften des Urkunden- und Wechselprozesses, des Verfahrens in Ehesachen und Entmündigungssachen, des Arrestprozesses ꝛc. vgl. Bem. Nr. 2 litt. b Abs. 3 zu § 553.

§ 549.

Die Klagen sind vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils. Nach Ablauf von fünf Jahren von dem Tage der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urteil zugestellt ist.

Mot. S. 341, 342. KPr. S. 279, 280, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die Wiederaufnahme kann zunächst vor Kenntnis der Anfechtungsgründe nicht erfolgen. Vor dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnis kann daher die Notfrist ihren Lauf nicht beginnen. In dieser Beziehung können diejenigen strafbaren Handlungen, welche in der Regel nur nach erfolgter Verurteilung des Thäters einen Restitutionsgrund abgeben, Schwierigkeiten machen, wenn diese Verurteilung ausnahmsweise nicht erforderlich ist (§ 544). Die Unmöglichkeit der Verurteilung durch Beschluß des Strafrichters feststellen zu lassen und erst von der Mitteilung dieses Beschlusses den Lauf der Frist zu gestatten, ist nicht angemessen, da die Unmöglichkeit z. B. wegen Todes des Thäters, schon lange vorher unzweifelhaft feststehen und der Partei bekannt sein kann. In allen diesen Fällen muß die Kenntnis der Partei von der strafbaren Handlung, von der Möglichkeit des Beweises derselben und von der Unmöglichkeit des Strafverfahrens den Anfang des Fristenlaufs bestimmen.

Die weitere Bedingung für den Beginn der Fristen ist, daß vorab alle Voraussetzungen der Klage begründet sind. Wie zu § 545 erwähnt, kann die Rest.-Klage überhaupt nicht in Frage kommen, solange die Restitutionsgründe durch Einspruch oder Berufung geltend gemacht werden können. Außerdem aber bleibt es, solange das erlassene Urteil noch durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden kann, für beide Klagen ungewiß, ob eine Benachteiligung durch das Urteil, welche notwendige Voraussetzung der Klagen ist, eintreten wird, da andere Umstände ein gleich günstiges Urteil wie die Wiederaufnahme für die Partei herbeiführen können. Selbst wenn nach Lage der Sache nur noch die benachteiligte Partei von einem Rechtsmittel oder dem Einspruche Gebrauch machen kann, steht das Resultat doch erst mit dem Ablaufe der Fristen fest, und die ganze Zeit derselben ist ihr auch deshalb frei zu lassen, damit die außerordentliche Anfechtung der Urteile auf möglichst enge Grenzen beschränkt bleibt. Hiernach kann die Notfrist auch vor Eintritt der Rechtskraft des anzufechtenden Urteils nicht beginnen."

2. Zu Abs. 1 und 2: Über den Begriff „Notfrist" s. Bem. Nr. 4 Ziff. I litt. h vor § 191 (S. 253). Wegen der Berechnung der Monatsfrist s. § 200. Wegen der fünfjährigen Frist vgl. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 254). Diese Frist ist keine Notfrist, wird aber durch die Gerichtsferien nicht berührt und unterliegt nicht der Parteidisposition. Sie läuft von der Rechtskraft des Urteils an, auch wenn die Partei keine Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde hat [RG. 5. Dez. 1885 Entsch. XV Nr. 104 S. 384 ff.].

3. Zu Abs. 3: Litteratur außer den Komm.: v. Kries Rechtsm. S. 486, Schwal-

Digitized by Google

bach Arch. f. c. Pr. LXIII S. 132, Levy Jur. WSchr. 1879 S. 174 ff., Wach Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 262 f., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 316 ff., Pfizer Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 18, Hellmann Lehrb. S. 778 ff.; vgl. a. die Mot. zu Entw. I S. 397. — Hat ein falsus procurator X namens des A ein Urteil erwirkt, so wird dieses Urteil, weil der X für den Bevollmächtigten des A gilt, für A dem X oder von X zugestellt. Sind von dieser Zustellung an die Einspruchs- oder Rechtsmittelfristen abgelaufen, so kann der falsus procurator und auch A das Urteil nicht mehr durch Einspruch oder Rechtsmittel anfechten; das Urteil ist formell rechtskräftig (§ 645). Wird ein solches Urteil nach Eintritt der formellen Rechtskraft dem A selbst oder bei Mangel der Prozeßfähigkeit seinem wirklichen gesetzlichen Vertreter zugestellt, so beginnt die einmonatige Notfrist für die Nichtigkeitsklage. Das von dem falsus procurator erwirkte Urteil kann aber dem A selbst oder seinem wirklichen gesetzlichen Vertreter zugestellt werden, bevor es dem falsus procurator gegenüber formell rechtskräftig geworden ist. Der Anlaß dazu kann in Zweifeln über die Vertretungsbefugnis des X oder auch darin gelegen sein, daß X gestorben ist. Dann kann A selbst oder sein gesetzlicher Vertreter Einspruch oder Rechtsmittel einlegen und dabei den Mangel der Vertretung geltend machen. Es ist zweifelhaft, ob in diesem Falle der A die Nichtigkeitsklage überhaupt erheben kann, solange das Urteil nicht formell rechtskräftig ist, und ob die Frist zur Nichtigkeitsklage neben der Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist läuft oder erst beginnt, nachdem die Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist abgelaufen ist. Daß der Abs. 3 die Vorschriften des Abs. 2 des § 549 schlechthin für unanwendbar erklärt, scheint für das Nebeneinanderlaufen der beiden Fristen zu sprechen; denn die Bestimmung des Abs. 2, daß die Frist zur Nichtigkeitsklage nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils beginne, ist danach auf den Fall des Abs. 3 nicht anzuwenden. Daraus würde zu folgern sein, daß der Partei, solange beide Fristen nebeneinander laufen, sowohl der Einspruch oder das Rechtsmittel als auch die Nichtigkeitsklage zusteht. [So die meisten Komm., ferner v. Kries, Schwalbach, Levy, Wach, Just, Pfizer a. a. O. im Anschluß an die Mot. zu Entw. I S. 397, obwohl diese Äußerung in den Motiven zu Entw. II und III weggelassen ist.] Aber das ist mit der allgemeinen Bestimmung des § 541, daß die Nichtigkeitsklage erst nach rechtskräftigem Urteile stattfinde, nicht wohl vereinbar. Darüber setzt sich die herrschende Meinung allzuleicht hinweg, indem sie für die Wiederaufnahmeklage wegen Mangels der Vertretung eine Ausnahme auch von der Bestimmung des § 541 annimmt. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht dagegen. Die Wiederaufnahmeklage wegen Mangels der Vertretung wurde noch im nordd. Entw. (§ 898 ff.) gesondert behandelt und damals auch gegen nicht rechtskräftige Urteile zugelassen; die Einlegung eines Rechtsmittels galt als Genehmigung der bisherigen Prozeßführung. Diese Sonderstellung ist aufgegeben; die Klage wegen Mangels der Vertretung ist unter die Nicht.Klagen eingeschaltet und damit den allgemeinen Regeln für diese Klagen unterstellt; die Bestimmung, daß die Einlegung eines Rechtsmittels als Genehmigung gelte, ist beseitigt. Der Mangel der Vertretung kann also bis zur formellen Rechtskraft durch Rechtsmittel geltend gemacht werden; es besteht daher für dieses Stadium kein Bedürfnis nach dem außerordentlichen Rechtsbehelfe der Nichtigkeitsklage. Die Unterlassung des Einspruchs- oder Rechtsmittels gegen das der Partei zugestellte Urteil gestattet sogar nach Umständen einen Schluß auf das Vorhandensein der Genehmigungsabsicht und schließt dann die Wiederaufnahmeklage aus. Da jedoch die Nicht.Klage wegen Mangels der Vertretung nicht (wie in den Fällen der Nr. 1 und 3 des § 542) durch die Unmöglichkeit, die Nichtigkeit durch Rechtsmittel geltend zu machen, bedingt ist, so ist die Nichtigkeitsklage nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zulässig. Es wird also anzunehmen sein, daß die

Digitized by Google

Nichtigkeitsklage wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zulässig ist und daß folglich die einmonatige Notfrist erst vom Eintritte der Rechtskraft beginnt. [So Hellmann Komm. II S. 496 ff. und Lehrb. S. 778 ff.; vgl. a. RG. 10. Juli 1882 Entsch. VII Nr. 110 S. 362.] Erhält die Partei oder ihr wirklicher Vertreter von dem auf ihren Namen ergangenen Urteile auf andere Weise als durch Zustellung Kenntnis, so kann sie vor Ablauf der gegenüber dem falsus procurator laufenden Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist durch Einspruch oder Rechtsmittel, nach Ablauf dieser Frist aber durch Nicht.Klage den Mangel der Vertretung geltend machen. Einspruch und Nichtigkeitsklage sind zulässig auch vor Zustellung des Urteils -- im Gegensatze zu Berufung und Revision.

Als die Notfrist eröffnende Zustellungen an die Partei kommen auch die Ersatzzustellung und die öffentliche Zustellung in Betracht, wenn sie an die Partei selbst oder den wirklichen Vertreter — nicht an den falsus procurator — gerichtet sind.

Der Abs. 3 des § 549 ist zunächst auf die Nicht.Klage der nicht ordnungsmäßig vertretenen Partei zugeschnitten; muß aber wohl auch für den Fall gelten, daß der Gegner die Nichtigkeitsklage erhebt (vgl. Bem. Nr. 4 Abs. 3 zu 542).

§ 550.

In der Klage muß die Bezeichnung des Urteils, gegen welches die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage gerichtet wird, und die Erklärung, welche dieser Klagen erhoben werde, enthalten sein.

Mot. S. 345. KPr. S. 280, 560.

§ 550 enthält wesentliche Erfordernisse der Klageschrift im Wiederaufnahmeverfahren. Im übrigen findet § 230 Anwendung. An Stelle des Klagegrundes tritt die Behauptung, daß das in der Klage zu bezeichnende Urteil wegen eines Nichtigkeits- oder wegen eines Restitutionsgrundes ungültig sei. Die Angabe des speziellen Nicht.- oder des Rest.Grundes ist kein wesentliches Erfordernis; auch der Antrag auf Beseitigung des angefochtenen Urteils und anderweitige Entscheidung in der Hauptsache nicht; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 551. Im Anwaltsprozesse ist die Vorschrift des § 192 zu beachten. Ist das Amtsgericht für die Klage zuständig, so kann die Klage auch nach § 457 erhoben werden.

§ 551.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klage enthalten:

1) **die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes;**
2) **die Angabe der Beweismittel für die Thatsachen, welche den Grund und die Einhaltung der Notfrist ergeben;**
3) **die Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urteils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.**

Dem Schriftsatze, durch welchen eine Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf welche dieselbe gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen. Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, welchen Antrag er wegen Herbeischaffung derselben zu stellen beabsichtigt.

Mot. S. 342. KPr. S. 280, 560.

1. Die Vorschriften des § 551 sind instruktionell.

2. Zu Nr. 1: In der mündlichen Verhandlung können neue Anfechtungsgründe geltend gemacht werden [RG. 12. Dez. 1883 Entsch. XIV Nr. 90 S. 332]. Nach den Mot.

Digitized by Google

S. 342 wäre dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß auch für die neuen Gründe die Notfrist gewahrt wurde. Diese Beschränkung [auch beiläufig vom RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 368 reproduziert] ist unrichtig. Zur Wahrung der Frist genügt die Erhebung der Klage innerhalb der Frist. Zur Klage gehört aber nach § 550 die Angabe des Anfechtungsgrundes nicht. Folglich muß die Bezeichnung des oder eines anderen Anfechtungsgrundes nicht innerhalb der Frist erfolgen. In den Mot. a. a. O. werden die württ. PrO. Art. 762, die bay. PrO. Art. 781, der preuß. Entw. § 696 und der hannov. Entw. § 640 für die Beschränkung citiert. Dabei ist übersehen, daß diese Gesetze und Entwürfe die Angabe des Anfechtungsgrundes für die Klageschrift forderten. — In dem Vorbringen neuer Anfechtungsgründe liegt auch keine Klageänderung, weil eben der Anfechtungsgrund nicht wesentlich für die Klage ist. — Bezeichnet sich eine Wiederaufnahmeklage als Nicht.Klage, so kann ihr kein Restitutionsgrund substruiert werden, und umgekehrt; denn die Angabe, ob Nicht.- oder Rest.Klage erhoben wird, gehört nach § 550 zur Klageschrift [vgl. v. Kries Rechtsm. S. 497].

In der mündlichen Verhandlung muß der Kläger den Anfechtungsgrund angeben. Die Kognition des Gerichts beschränkt sich auf den angegebenen Nicht.- oder Rest.Grund. [AM. v. Kries a. a. O. S. 497 f. Er übersieht, daß die Erhebung der Nicht.- und der Rest.Klage aus den einzelnen Gründen der §§ 542, 543 der Parteidispoſition unterliegt und daß die Offizialprüfung, ob der Anfechtungsgrund nicht durch Rechtsmittel ꝛc. geltend gemacht werden konnte und ob die Notfrist eingehalten ist, unmöglich wäre, wenn der Anfechtungsgrund von der Partei nicht vorgebracht ist.]

Die wiederholte Erhebung einer Nicht.- oder Rest.Klage aus neuen Gründen ist nicht ausgeschlossen, da es sich wegen der Notfrist und der Vorschrift des § 545 für die zweite Klage in gleichem Maße wie für die erste um Gründe handeln kann, die noch nicht vorgebracht werden konnten. Der Charakter eines Rechtsmittels, der der Wiederaufnahmeklage allerdings in gewissem Maße beiwohnt (Mot. zum preuß. Entw. S. 177), steht nicht entgegen, da die Klage sich auf das Vorbringen des sie veranlassenden außerordentlichen Umstandes beschränken muß, jede andere Veranlassung also einen neuen Gegenstand der Klage bietet (Mot. S. 342). [AM. v. Kries S. 508; dessen Ansicht beruht auf der oben zurückgewiesenen Unterstellung, daß das Gericht ex officio seine Kognition auch auf vom Kläger nicht bezeichnete Anfechtungsgründe zu erstrecken habe.]

3. Zu Nr. 2: Die Angabe der Beweismittel für die Thatsachen, aus denen sich der Anfechtungsgrund und die Einhaltung der Notfrist ergiebt, kann in der mündlichen Verhandlung nachgebracht werden.

4. Zu Nr. 3: Die Anträge können noch in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Sie können von den in den Schriftsätzen gestellten abweichen. Die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge bilden die unüberschreitbare Grenze für das Urteil (§ 279). Die Anträge müssen sich nicht bloß auf das iudicium rescindens, sondern auch auf das ind. rescissorium, die Hauptsache, beziehen. — Anschließung, etwa in Gestalt einer Wiederaufnahmewiderklage, ist nicht zugelassen.

5. Zu Abs. 2: „Antrag wegen Herbeischaffung" — s. §§ 389, 393, 397.

§ 552.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen.

Digitized by Google

Die Thatsachen, welche ergeben, daß die Klage vor Ablauf der Notfrist erhoben ist, sind glaubhaft zu machen.

Mot. S. 343. KPr. S. 280, 560.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 306, 497, 529, 537.

„Ob die Klage an sich statthaft sei." — Die Offizialprüfung erstreckt sich darauf, ob ein mit Nicht.- oder Rest.Klage anfechtbares Urteil (§§ 541, 546) vorliege, ob die vom Kläger zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen einen Nichtigkeits- oder Restitutionsgrund bilden (§§ 542, 543, 544), ob nicht § 542 Abs. 2 oder § 545 der Klage entgegen stehen. Damit ist die Möglichkeit eines Anerkenntnisses ausgeschlossen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 548). Auch die Wahrheit der Thatsachen, die den Nicht.- oder Rest.Grund ergeben sollen, ist von Amtswegen zu prüfen. Zwar sagen die Mot. S. 338 „es liege kein genügender Grund vor, die Restitutionsgründe durch Ausschluß des Geständnisses (nordd. Entw. § 858) der Verfügung der Parteien zu entziehen" (über Geständnis der Nichtigkeitsgründe enthalten die Motive nichts); da aber die Statthaftigkeit der beiden Klagen von Amtswegen zu prüfen ist, so müssen auch die thatsächlichen Unterlagen beider Klagen von Amtswegen untersucht werden. Daraus folgt, daß diese Unterlagen nicht durch Geständnis in für das Gericht bindender Weise festgestellt werden können (s. Bem. Nr. 8 zu § 261) und daß bei Versäumnis des Wiederaufnahmebeklagten die Versäumnisfolge des § 296 bezüglich dieser Thatsachen nicht eintritt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 548). [So auch Struckm. Koch N. 1, Gaupp II S. 154 bei N. 2, v. Kries S. 482, Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 394 N. 219. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 552; nach deren Ansicht würde jedes Urteil, auf Grund der, wenn auch offenbar erlogenen, aber nicht widersprochenen Behauptung, der bei der Entscheidung beteiligte Richter X sei der Vater oder der Bruder einer der Parteien beseitigt werden können! Welcher Mißbrauch damit gegenüber Personen unbekannten Aufenthalts getrieben werden könnte, liegt auf der Hand.]

„Gesetzliche Form" — s. § 550. „Gesetzliche Frist" s. § 549. Durch Erhebung der Klage bei einem unzuständigen Gerichte wird die Frist nicht gewahrt. Wegen Offizialprüfung der Zuständigkeit vgl. Bem. Nr. 5 zu § 547.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 266. Auch bestrittene Thatsachen sind nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen [RG. 20. März 1889 SA. XLIV Nr. 234].

§ 553.

Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von neuem verhandelt.

Das Gericht kann anordnen, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolge. In diesem Falle ist die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen.

Das für die Klagen zuständige Revisionsgericht hat die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erledigen, auch wenn diese Erledigung von der Feststellung und Würdigung bestrittener Thatsachen abhängig ist.

Mot. S. 343. KPr. S. 280, 560.

1. Die Verhandlung besteht aus zwei Teilen: der Verhandlung über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme — dem iudicium rescindens — und der Verhandlung über die

Digitized by Google

Hauptsache — dem iudicium rescissorium. Das Gesetz gebietet nicht die Trennung dieser Verhandlungen. Der Nicht.- oder Rest.Beklagte hat nicht das Recht, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, bis über die Zulässigkeit der Wiederaufnahme entschieden ist. Aber das Gericht kann nach § 553 (cf. § 137) anordnen, daß die Verhandlung zunächst auf das iud. rescindens zu beschränken sei. Die Mot. S. 343 bemerken, die Trennung werde bei der Nicht.Klage und bei der Restitution aus der Person des Richters (§ 543 Nr. 5) in der Regel angezeigt sein, während die Notwendigkeit der Trennung bei den übrigen Restitutionsgründen zurücktrete. Man darf weiter gehen und behaupten, daß die Trennung des iud. rescindens vom rescissorium in allen Fällen empfehlenswert, in den Fällen des § 542 und des § 543 Nr. 5 aber nahezu unentbehrlich ist [vgl. v. Kries Rechtsm. S. 500 ff.].

Erachtet das Gericht die Wiederaufnahme für unzulässig, so ist die Klage durch Endurteil abzuweisen. Erachtet das Gericht die Wiederaufnahme für zulässig, so kann es die Zulässigkeit durch Zwischenurteil feststellen oder auch ohne Zwischenurteil zum iudicium rescissorium übergehen und die Zulässigkeit erst in den Gründen des Endurteils konstatieren. Das Zwischenurteil kann nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurteile durch Rechtsmittel angefochten werden. Das Zwischenurteil hindert ein späteres Versäumnisurteil nicht, wenn danach der Versäumnisfall eintritt.

2. Umfang der Verhandlung zur Hauptsache. a) Wird das Verfahren wegen eines Nichtigkeitsgrundes (§ 542) oder wegen des Restitutionsgrundes Nr. 5 des § 543 wieder aufgenommen, so ist das frühere Verfahren, soweit es von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, unwirksam und der Rechtsstreit muß insoweit von neuem verhandelt werden. Die in Bem. Nr. 3 zu § 501 für die Verhandlung nach Aufhebung des Urteils durch das Berufungsgericht entwickelten Sätze (vgl. a. § 527 Bem. Nr. 2) finden hierher entsprechende Anwendung. Wenn der Nichtigkeitsgrund des § 542 Nr. 4 schon bei der Erhebung der Klage bestand, so ist zu urteilen, wie zu urteilen gewesen wäre, wenn der Mangel der Vertretungsbefugnis dem Gerichte früher nicht entgangen wäre, d. h. es muß absolutio ab instantia eintreten; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 3 litt. a, c zu § 54 und Bem. Nr. 4 zu § 84. [So auch v. Kries Rechtsm. S. 506.] Die Mot. S. 343 enthalten die Äußerung: „Wenn die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretung der Partei schon die Erhebung der Klage betreffe, könne das ganze frühere Verfahren aufgehoben werden, so daß erst nach erneuter Erhebung der Klage in der Hauptsache zu verhandeln sei." Diese Bemerkung kann zu der unrichtigen Ansicht verleiten, als ob in diesem Falle das Wiederaufnahmeverfahren mit dem iudicium rescindens endige. Wahrscheinlich hatte der Verfasser der Mot. aber die abs. ab inst. im Sinne. [Ganz irrtümlich behauptet Hellmann Komm. II S. 503 f., in dem bezeichneten Falle habe das Gericht durch Zwischenurteil zu verfügen, daß die Klage zu erheben sei!]

b) Wird das Verfahren wegen eines der Restitutionsgründe Nr. 1—3, 6, 7 des § 543 wieder aufgenommen, so beschränkt sich die neue Verhandlung auf den Punkt, auf den sich der Restitutionsgrund bezieht. Im übrigen bleibt das frühere Verfahren samt den darin eingetretenen Anerkenntnissen, Geständnissen, Eidesleistungen, Zwischenurteilen, Präklusionen, Beweiserhebungen ꝛc. in fortdauernder Kraft. In diesem Sinne äußern sich auch die Motive (S. 343):

„Die übrigen Restitutionsgründe betreffen dagegen nur einzelne Punkte des Rechtsstreits oder des Verfahrens; nur diese sind zu berichtigen oder zu ergänzen und danach das Urteil zu erlassen, ohne daß die übrigen Resultate der früheren Verhandlung, wie sie durch das angefochtene Urteil festgestellt sind, in Frage kommen. Dem Restitutionsbeklagten bleibt die weitere Verteidigung selbstverständlich unbeschränkt."

Digitized by Google

Im Falle der Restitution aus § 543 Nr. 4 tritt dieselbe Prozeßlage ein, wie wenn nach Schluß der mündlichen Verhandlung, worauf das angefochtene Urteil beruht, die Verhandlung wieder eröffnet würde; die Parteien haben also aufs neue zur Hauptsache zu verhandeln [nach RG. 6. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 117 S. 397 ist die Revision begründet, wenn das Gericht von neuer Verhandlung absieht] und sind im Vorbringen neuer Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel ebenso unbeschränkt und, soweit vor diesem Schlusse Präklusionen eingetreten waren, ebenso beschränkt, wie vor dem Schlusse der Verhandlung. Auch bei der Restitution aus § 543 Nr. 7a ist kein Anlaß zu Zweifeln über den Umfang des iudicium rescissorium, weil die exc. rei iudicatae eine weitere Verhandlung überflüssig macht. Zweifelhaft ist aber, in welchem Umfange neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Restitutionsfällen des § 543 Nr. 1—3, 6, 7b zulässig sind. Schon in der hannov. Komm. (Komm. Prot. XI S. 3978 ff.) wurde die Frage, ob nur bezüglich der konkreten Thatsache, um deren Beweis es sich handelt, neue Beweis- und Gegenbeweismittel zuzulassen seien oder ob auch neue selbständige Behauptungen vorgebracht werden können, aufgeworfen und die Antwort als zweifelhaft behandelt. Aus dem Gesetze dürfte sich eine Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel auf die konkrete Thatsache nicht rechtfertigen lassen. Ist das Restitutionsbegehren begründet, so wird auch hier der Prozeß in den Stand zurückversetzt, in dem er sich befunden hat, ehe der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteile eintrat. Nach dem Systeme der PrO. können Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, worauf das Urteil ergeht. Soweit nicht ein durch die Rest.-Klage nicht berührtes Zwischenurteil hindernd im Wege steht, sind daher im iudicium rescissorium neue selbständige Behauptungen zulässig. [AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 155 bei N. 6.] Das Gericht ist weder an die frühere Beweiswürdigung noch an die frühere rechtliche Beurteilung gebunden [RG. 30. Sept. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 105].

Natürlich ist bei Restitution gegen einen quantitativen Teil des Urteils, z. B. gegen die Entscheidung über einen von mehreren verbundenen Ansprüchen, der von dem nicht betroffenen Teil des Urteils erledigte Prozeßstoff nicht Gegenstand der neuen Verhandlung.

Im iudicium rescissorium, nicht im iud. rescindens, treten auch die Besonderheiten des sog. außerordentlichen Prozesses, des Urkundenprozesses [vgl. Stein Urk.-Proz. S. 298 bei N. 9], des Verfahrens in Ehesachen und Entmündigungssachen, des Verfahrens bei Arrest und einstweiligen Verfügungen, wieder hervor, wenn die Klage gegen ein im außerordentlichen Prozesse ergangenes Urteil gerichtet ist.

3. Zu Abs. 3: Die Bestimmung ist überflüssig. Denn daß dem Revisionsgerichte in den Fällen, in denen es für die Wiederaufnahmeklage zuständig ist (s. § 547), die Feststellung der dabei in Betracht kommenden Thatsachen zusteht, ergiebt schon § 524; vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 524. [So auch v. Kries Rechtsm. S. 504.]

§ 554.

Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit den Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden.

Mot. S. 343. KPr. S. 280, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die Zulässigkeit der Rechtsmittel bestimmt sich nach dem Charakter des Verfahrens als Wiederaufnahme eines früheren Verfahrens. Das ergehende Urteil tritt an Stelle des in dem früheren Verfahren in derselben Instanz erlassenen Urteils und unterliegt denselben Rechtsmitteln wie dieses."

Digitized by Google

Demgemäß ist jedes Rechtsmittel ausgeschlossen, wenn das Landgericht als Berufungsgericht für die Wiederaufnahmeklage in erster Instanz zuständig ist [RG. 30. April 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1129, OLG. Bamberg SA. XXXIX Nr. 166]; dgl. wenn das Revisionsgericht für die Wiederaufnahmeklage zuständig ist. Dagegen ist Revision zulässig gegen Urteile der Berufungsgerichte, auch wenn die Wiederaufnahmeklage sich gegen ein Urteil des Revisionsgerichts richtet (§ 547).

2. Wegen des Einspruchs s. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 548. — Die Anfechtung des im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Urteils durch eine neue Wiederaufnahmeklage ist nicht ausgeschlossen (Mot. zu Entw. I S. 399).

Digitized by Google

Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

1. Die CPrO. kennt kein abgekürztes und beschleunigtes Verfahren, das dem (mißbräuchlich sogenannten) unbestimmt summarischen Prozesse des früheren gem. Rechts [s. Bayer summar. Prozesse §§ 48 ff.], dem abgekürzten und schleunigen Verfahren des preußischen, der summarischen Prozedur des französischen Prozeßrechts und dem abgekürzten Verfahren des bayerischen Prozeßgesetzes von 1869 entspräche.

Dagegen hat die CPrO. von den sogenannten bestimmt summarischen Prozeduren des gem. Rechts aufgenommen: a) den Exekutivprozeß unter der Bezeichnung Urkunden- und Wechselprozeß; b) den Arrestprozeß einschließlich des Verfahrens über Gesuche um einstweilige Verfügungen (§§ 796—822).

Dem Mahnverfahren der CPrO. fehlen die für die summarische Prozedur charakteristischen Eigentümlichkeiten.

Über das Wesen der summarischen Kognition vgl. einerseits Wetzell Krit. Jahrb. f. d. deutsche Rechtsw. von Richter u. Schneider XXIV S. 769 f. u. Syst. § 29, andererseits Briegleb Einl. in die Theorie der summ. Prozesse (1859) bes. S. 171 f. Nach Wetzell besteht die Eigentümlichkeit des „summatim cognoscere" darin, daß eine minder gründliche Untersuchung stattfindet, wobei der Richter den Anträgen schon dann entspricht, wenn die ihnen zu Grund liegenden Thatsachen bloß wahrscheinlich gemacht, also unvollständig bewiesen sind. Nach Briegleb liegt die charakteristische Eigentümlichkeit des summarischen Prozesses in der Beschränkung auf die summa causae, d. i. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klaganspruchs, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen; für die Angriffs- und Verteidigungsmittel, die überhaupt zugelassen werden, werde vollständiger Beweis verlangt. Vgl. a. Wach der ital. Arrestprozeß S. 137 ff.

Über die Einteilung des Verfahrens in ordentliches und außerordentliches sowie über das Verhältnis des summarischen Prozesses zu dieser Einteilung s. Drechsler Ztschr. f. d. CPr. I S. 191 ff. und Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 736 f.

Durch Vertrag kann der Urkunden- und der Arrestprozeß ausgeschlossen werden, da irgend ein öffentliches Interesse dem Verzichte auf die Vorteile dieser Prozeßarten nicht im Wege steht. Durch Berufung auf den Vertrag kann im Urkundenprozesse die Abweisung der Klage in der gewählten Prozeßart, im Arrestprozesse die Zurückweisung des Arrestgesuchs und die Aufhebung des Arrestbefehls (§§ 804, 805, 807) erwirkt werden. Was vom Arrestprozesse gilt, gilt auch von dem eine einstweilige Verfügung betreffenden Ver-

Digitized by Google

fahren. [Teilweise abw.: Kohler Ges. Beitr. S. 163]. Die vertragsmäßige Ausschließung des Mahnverfahrens ist bedeutungslos, da das Mahnverfahren durch Widerspruch des Schuldners ohnehin beendigt werden kann.

2. Die Motive bemerken: „Das Charakteristische der summarischen Prozedur besteht nicht in formeller Beschleunigung des Prozeßgangs, sondern in der materiell verkürzten Defension, in der Beschränkung der causae cognitio auf die summa causae, d. h. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klaganspruchs, mit Ausschluß aller Defensionen des Beklagten, welche nicht in continenti liquid gemacht werden können, jedoch unter Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung aller, durch die Forderung schleuniger Liquidierbarkeit in summario ausgeschlossener Defensionen mittels einer in ordinario zu verhandelnden Nachklage (vgl. Briegleb Einl. i. d. Theorie der summ. Prozesse S. 12 ff., 171, 304, 343, 351, 352). Der Zweck der summarischen Kognition ist, den Anspruch des Klägers auf Rechtshülfe, wenn und so lange dieser Anspruch gerecht erscheint, gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisierung infolge des Gebrauchs langwieriger Verteidigungsmittel des Beklagten sicher zu stellen — dem Kläger auf Grund der prima facie liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshülfe zu gewähren. Die summarische Kognition löst den Widerstreit zwischen dem Verlangen nach schleuniger Rechtshülfe und dem Anspruche auf Gewährung vollständigen Gehörs des Beklagten in einer den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Weise, indem sie in den dazu qualifizierten Fällen die Gewährung schleuniger Rechtshülfe in den Vordergrund stellt. Und daß der Gesetzgeber — vorausgesetzt, daß er in den Gründen, aus welchen einem Klaganspruche die singuläre Begünstigung der summarischen Behandlung zukommen soll, nicht fehlgreift — ohne Bedenken eine materielle Beschränkung der Defension eintreten lassen kann, beweist der Umstand, daß bei den summarischen Prozeduren des gemeinen Prozeßrechts, ebenso wie bei dem Mandatsprozesse des preußischen Rechts, erfahrungsgemäß nur selten von dem Rechte der Nachklage Gebrauch gemacht wird, — ein Umstand, welcher, wie Briegleb a. a. O. S. 369, 370 zutreffend bemerkt, den empirischen Beweis liefert, daß in der eminenten Mehrzahl aller Fälle die Ergebnisse der primafacie-Kognition denn doch das Rechte treffen und mit dem strengen Rechte, wie es durch die vollständige Kognition im ordentlichen Prozesse zu ermitteln ist, in Übereinstimmung stehen.

Das Motiv für die Gewährung des Exekutiv- (Urkunden-) Prozesses liegt in der prima-facie-Liquidität des urkundlichen Anspruchs, in der Möglichkeit, den Schuldbrief bereits als einen richterlichen Urteilsbrief anzusehen, weil der Schuldner sich der summarischen Kognition durch vertragsmäßige Übereinkunft mit dem Gläubiger unterworfen habe (vgl. Briegleb a. a. O. S. 345). Diese Anschauung entnahm ursprünglich ihre Berechtigung aus der Exekutivklausel — der clausula guarentigiae, dem pactum paratae executionis —, welche öffentlichen, später auch privaten Schuldurkunden beigefügt wurde. Die Praxis ließ allmählich die Exekutivklausel fallen; es entwickelte sich die Annahme, daß jede öffentliche und private Schuldurkunde stillschweigend die Exekutivklausel enthalte, indem der Schuldner durch Ausstellung der Schuldurkunde den Willen manifestierte, sich auf Grund derselben der parata executio zu unterwerfen. Der Absicht, der Privatwillkür der Kontrahenten ein Mittel zu schaffen, durch welches die Realisierung kontraktlicher Leistungen unverzüglich erzwungen und den Weiterungen des ordentlichen Prozeßverfahrens entzogen werden kann, verdankt die als Exekutivprozeß bezeichnete summarische Kognition ihren Ursprung und ihre Ausbildung in Italien, ihre Aufnahme in Deutschland und ihre Anerkennung in allen deutschen Rechtsgebieten in den Formen des Mandats-, Exekutiv-, Urkunden und Wechselprozesses. Ihre Aufnahme in Deutschland konnte um so leichter erfolgen, als sich hier bereits vor dem Eindringen des romanischen Prozesses Rechtsbildungen entwickelt hatten, welche dieselbe Tendenz wie die instrumenta guarentigiata verfolgten (vgl. Heusler Ztschr. f. RG. VI S. 127 ff., v. Bar das Beweisurteil des germ. Proz. S. 235 ff.).

Bei der Beschränkung auf Urkunden über obligatorische Verträge ist es indessen nicht geblieben; wie auf der hannoverschen Konferenz bezeugt wurde, hat die gemeinrechtliche Doktrin den Exekutivprozeß auch für hypothekarische, die sächsische Praxis sogar für alle verbrieften Ansprüche gewährt (hannov. Prot. IX S. 3202, 3208, 3214, 3235).

Digitized by Google

An sich ist indessen der Rechtstitel aus einer Privaturkunde nicht schwächer, als derjenige aus einer öffentlichen Schuldverschreibung. Die Privaturkunden können den öffentlichen rücksichtlich des Verfahrens gleichgestellt werden, sofern ihre Echtheit festgestellt wird, da in dem Beweise der Echtheit der wesentliche Unterschied der öffentlichen und der Privaturkunden besteht; gerade bei dem Wechsel, welcher hier vorzugsweise zu berücksichtigen ist, kommt zudem die Möglichkeit der öffentlichen Beglaubigung als ein praktisches Moment nicht in Betracht. Demgemäß hat das Gesetz als Erfordernis für die Zulässigkeit des Urkundenprozesses den vollständigen Beweis aller zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden aufgestellt, ohne Unterscheidung, ob die Urkunden öffentliche oder private sind.

„Vollbeweisende" Urkunden konnte das Gesetz nicht fordern, weil nach den Bestimmungen der §§ 380 ff. die materielle Beweiskraft jeder Urkunde — der öffentlichen wie der privaten, der von den Parteien wie der von Dritten ausgestellten, der fehlerfreien wie der mangelhaften — dem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse anheimfällt (vgl. hannov. Prot. XVI S. 6067—69). Auch die Unterscheidung von Urkunden, welche über den Anspruch ausgestellt oder errichtet sind (nordd. Entw. § 672), ist entbehrlich, da ein vollständiger Urkundenbeweis, wie er nach dem Grunde des Verfahrens gefordert werden muß, über das Fundament des Anspruchs kaum anders als durch solche Urkunden, welche von dem Verpflichteten ausgestellt sind, geführt werden kann.

In welchem Umfange hiernach Urkunden vom Kläger (§ 555) oder Beklagten (§ 558) im Urkundenprozesse mit Erfolg benutzt werden können, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Indessen dürften Urkunden, deren Echtheit oder Unechtheit bei der Vorschrift des § 410 nicht durch Eideszuschiebung an den Gegner erwiesen werden kann, sich der Regel nach als untauglich erweisen, und damit dieser Prozeßart auch in objektiver Beziehung die richtigen Grenzen angewiesen sein."

„Die Gefahr, welche in der ausgedehnten Zulassung des Urkundenprozesses für den Beklagten liegt, hat das Gesetz durch den regelmäßig im Urteile auszusprechenden allgemeinen Vorbehalt seiner Rechte und die Beseitigung des separatum (i. e. Sinne) gemildert, indem sich der Urkundenprozeß unter Beibehaltung der Parteirollen unmittelbar in den ordentlichen Prozeß fortsetzt (§ 563). Das Gesetz hat damit die Scheidung in zwei selbständige Prozesse, deren erster nur die Verfolgung der causa executiva, der zweite die der causa principalis (des Hauptrechts) betrifft, aufgegeben. Werden Einreden aus dem Hauptrechte zugelassen, so liegt für eine solche Trennung kein zwingender Grund vor. Nach dem Gesetze beginnt mit Erhebung der Klage im Urkundenprozesse der Hauptstreit selbst*) — nicht bloß ein Streit über Zulassung resp. Abwendung der Exekution —; durch die ausdrückliche Erklärung aber, daß er im Urkundenprozesse klage, macht der Kläger gleichzeitig sein besonderes Recht auf vorgängige abgesonderte Verhandlung oder Aburteilung über den liquiden oder liquid gestellten Streitstoff geltend. Das hierauf ergehende Urteil entscheidet über die Zulässigkeit des Angriffs, bezüglich der Verteidigung im Urkundenstreite definitiv, über das Hauptrecht (abgesehen vom Falle der Versäumung und des Anerkenntnisses) nur provisorisch — quoad executionem und vorbehaltlich einer eingehenderen Kognition im Wege des ordentlichen Prozesses. Nur insoweit sich schon jetzt Angriffs- oder Verteidigungsmittel als in sich und nicht bloß wegen mangelhafter Substanzierung unbegründet darstellen, wird über sie, weil ja das Hauptrecht selbst im Prozesse befangen ist, endgültig erkannt. Insoweit kommt das Urteil im Urkundenprozesse als Zwischenurteil für den anhängig bleibenden Hauptstreit in Betracht und bindet folgeweise Gericht und Parteien. Im übrigen haben bei Fortsetzung des Hauptstreits beide Parteien in Vervollständigung des Angriffs und Ausdehnung der Verteidigung dieselbe Freiheit, wie im ordentlichen Verfahren.

---

*) Dagegen polemisiert Stein in der in Bem. Nr. 8 cit. Schrift S. 24 ff. Aber die Verf. der Motive wollten nicht, wie St. ihnen unterschiebt, behaupten, daß das ordentliche Verfahren mit der Klagerhebung im Urk.-Prozesse beginne, sondern nur die Rechtshängigkeit des materiellen Anspruchs und die retrospektive Einheit des ordentlichen Verfahrens mit dem Urk.Prozesse zum Ausdrucke bringen [vgl. Gösch Ztschr. f. d. CPr. XII S. 188]. Die Ausdrucksweise der Motive ist allerdings nicht ganz genau, aber kaum mißzuverstehen.

Digitized by Google

Nach dem Gesagten ergiebt sich für das Verfahren im Urkundenstreite korrekter die Bezeichnung „Urkundenprozeß", als „Exekutivprozeß"; ergiebt sich ferner, daß der Kläger wahlweise berechtigt sein muß, einen verbrieften Anspruch (selbst wenn darüber eine exekutorische öffentliche Urkunde existiert) im ordentlichen oder im Urkundenprozesse durchzuführen und von dem letzteren bis zum Schlusse desselben noch dergestalt abzustehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (§ 559); ergiebt sich endlich, daß für das Verfahren im Urkundenstreite und das denselben abschließende Urteil, soweit nicht besondere Abweichungen statuiert werden, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind, insbesondere auch betreffs der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit der Gerichte, der Vertretung der Parteien, der Zulässigkeit von Streitverkündung und Intervention, der Einleitungsformen, der Rechtshängigkeit, der Rechtsmittel.

Die Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren beruhen darauf, daß der UPr. auf vollkommene Liquidität gestellt ist. Ausflüsse hiervon sind die Vorschriften, daß der Beweis der Klage nur durch Urkunden (§ 555), der von Einreden, Repliken und Dupliken gleicherweise jeder Echtheitsbeweis nur durch Urkunden oder Eideszuschiebung geführt werden und der Beweisantritt nur durch Produktion der Urkunden erfolgen kann (§ 557); daß jede Partei einen vollständigen Beweis erbringen muß, zu dessen Ergänzung richterliche Eidesauflage nicht zugelassen ist, widrigenfalls die betreffende Behauptung als im UPr. unstatthaft zurückgewiesen wird (§§ 560, 561); daß Widerklagen und Einlassungsweigerung auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht gestattet sind (§§ 557, 558 Abs. 1); daß sich der Delat gegenüber der Eideszuschiebung nur der Urkunden als Beweismittel bedienen kann und die Leistung eines Eides durch Beweisbeschluß anzuordnen ist (§ 558 Abs. 4).

Ist der Beklagte im UPr. unter Vorbehalt seiner Rechte ganz oder teilweise verurteilt, und ist von einer Partei zur Fortsetzung des Hauptstreits geladen, so finden die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnisurteil gegen beide Teile Anwendung. Dasselbe ergeht ohne Rücksicht auf etwaige Erklärungen seitens der säumigen Partei im UPr. und ohne Rücksicht auf das bereits erlassene Urteil, da, wie festzuhalten, immer noch über die vom Kläger erhobene Klage definitiv zu erkennen ist (§ 563 Abs. 3)."

3. Litteratur zum UPr. d. CPrO.: Wieding in v. Holtzend. Rechtslex. III S. 977 ff., Auerbach Gloffen z. U. u. WPr. (wertlos), Stein der Urkunden- und Wechselprozeß Leipzig 1887 (darüber Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 856, Gösch Ztschr. f. d. CPr. XII S. 177 ff. und Jakoby Kr. VJSchr. XXX S. 415 ff.), Kohler Forschungen S. 113 ff. — Litteratur zum Wechselprozesse s. Bem. Nr. 1 zu § 565.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 25 (6/10 der regelmäßigen Gebühr); GO. f. RA. § 19. Ausländer sind von der Kostenkaution (CPrO. § 102 Nr. 2) und von dem Vorschusse f. Gerichtskosten (GKG. § 85 Abs. 2 Nr. 2) befreit.

§ 555.

Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozesse geltend gemacht werden, wenn die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können.

Mot. S. 349, 350. KPr. S. 280, 560.

1. „Ein Anspruch, welcher — zum Gegenstande hat". Vgl. §§ 628 Abs. 1, 770.

a) Eine Klage, die überhaupt nicht auf Zahlung oder Leistung geht, kann nicht im UPr. geltend gemacht werden. Daher eignet sich der UPr. nicht für Feststellungsklagen (§ 231), daher sind Inzidentfeststellungsanträge (§ 253) innerhalb des UPr. unstatthaft; daher ist ein Anspruch auf facere oder non facere, daher ist die sog. Kündigungsklage des preuß. ALR. I § 765 [vgl. Dernburg pr. PrR. I S. 274, Herbst Beitr. z. E. d.

Digitized by Google

DR. XXVI S. 346 ff.] zum UPr. ungeeignet; daher eignet sich der Urkundenprozeß nicht zur Klage auf Repression des Widerspruchs gegen eine im Konkurs angemeldete Forderung [vgl. Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 334]. — Darüber, daß im Wechselprozesse auch Ansprüche, die nicht auf Zahlung oder Leistung gehen, geltend gemacht werden können, s. Bem. Nr. 2 zu § 565. — b) Wegen des Begriffs „Geldsumme" s. Koch Ztschr. f. d. CPr. III S. 364, 377. Wegen des Begriffs „vertretbare Sachen" s. Windscheid I § 141, Goldschmidt Handelsr. I § 61; „vertretbar" ist in objektivem Sinne zu verstehen. Wegen des Begriffs „Wertpapiere" s. Bem. Nr. 2 zu § 101. Die Nennung der Wertpapiere neben den vertretbaren Sachen (wie in §§ 628, 770) ist überflüssig; es darf daraus nicht gefolgert werden, daß für Ansprüche auf Leistung von individuell bestimmten Wertpapieren der UPr. auch zulässig sei. Der Anspruch z. B. auf Rückgabe hinterlegter Wertpapiere in specie eignet sich nicht zum UPr. [RG. 26. Jan. 1883 Entsch. X Nr. 101 S. 341]. Ansprüche, die alternativ auf Zahlung einer Geldsumme (bezw. auf Leistung vertretbarer Sachen) oder Leistung einer nicht vertretbaren Sache gehen, eignen sich nicht zum UPr.; wohl aber solche alternative Ansprüche, bei denen beide Leistungen dem § 555 entsprechen. Ob der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat, dürfte keinen Unterschied machen. c) Der Urkundenprozeß ist nicht auf Ansprüche aus obligatorischen Verträgen beschränkt. Soweit aus dinglichen Rechtsverhältnissen Ansprüche der in § 555 bezeichneten Art entstehen können, fallen auch diese unter die gegebene Bezeichnung (Mot. S. 349). Hiernach ist für die Hypothekenklage auch gegen den dritten Besitzer der UPr. zulässig, wenn die Hypothekenklage auf Zahlung geht. Dies ist der Fall nach preuß. Ges. über den Eigentumserwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 [so auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 1, Dernburg pr. PrR. I § 341, Eccius (Förster) pr. PrR. III § 194, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 59, Stein UPr. S. 81 ff. AM. Staub Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 707, Voß eod. XXIX S. 796, Falkmann Ztschr. f. d. CPr. X S. 374 ff.]. Ebenso nach bay. Hyp.Ges. v. 1. Juni 1822 § 54 [vgl. Regelsberger bay. Hyp.R. § 78]; übrigens ist die Zulässigkeit des UPr. für Bayern nicht von praktischer Bedeutung, weil nach bay. AG. z. CPrO. Art. 127, 128 die Hypothekenurkunde ein Vollstreckungstitel auch gegen den Drittbesitzer ist. Nach dem gemeinen und dem französischen Rechte geht die Hypothekenklage nicht auf Zahlung; daher ist der UPr. nicht zulässig [vgl. OLG. Braunschweig SA. XLI S. 252]. Nach Entw. II e. BGB. Anm. zu § 1054 soll in einem Abs. 2 zu § 555 der CPrO. bestimmt werden, daß der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld als ein Anspruch gilt, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat. d) Über Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen: Hat der Kläger seine Verbindlichkeit bereits erfüllt oder ist er sonstwie davon befreit, so ist die Klage im UPr. zulässig. Über den Beweis der Erfüllung s. Bem. Nr. 3, Ansprüche auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung gegen eine Leistung des Klägers („Zug um Zug") eignen sich nicht zum UPr. Dergleichen Ansprüche sind vom Mahnverfahren ausdrücklich ausgenommen (§ 628 Abs. 2). Das scheint für die Zulässigkeit des UPr. zu sprechen. Aber das arg. a. contr. ist nicht zwingend; denn Abs. 2 des § 628 kann bloße Deklaration sein. In der Geschichte des UPr. findet sich nicht eine Spur von Zulässigkeit einer Klage auf Leistung Zug um Zug. Darüber, ob der Kläger die Erfüllung des zweiseitigen Vertrags von seiner Seite schon bei der Klagestellung oder erst nach erhobener Einrede beweisen müsse, bestand Meinungsverschiedenheit [vgl. Bayer summ. Proz. § 43 N. 9, Schmid Handb. III S. 177 und die daselbst Citierten, Heerwart Arch. f. c. Pr. VII S. 350 f.], nicht aber darüber, daß erfüllt sein müsse. Die nordd. Komm. (Prot. III S. 1089) erachtete, obwohl der nordd. Entw. § 672 nichts anderes als die CPrO. bestimmte, die Klage

Digitized by Google

auf Leistung „Zug um Zug" für ausgeschlossen. Es fehlt derartigen Ansprüchen die relative Einfachheit und die glatte Vollstreckbarkeit. [Vgl. v. Sarwey II S. 6, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. I S. 18 f., Jakoby Kr. JWSchr. XXX S. 420. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2 a. E., Gaupp II S. 163 f., Petersen (2) S. 804, Hellmann Komm. II S. 509, Dernburg pr. PrR. I § 139 N. 7, Stein a. a. O. S. 77.] Wegen Abweisung der Klage aus dem Grunde, daß der Anspruch sich nicht zum UPr. eigne, s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 560.

2. „Kann — geltend gemacht werden". Der UPr. ist fakultativ (s. die S. 702 cit. Motive vorletzter Absatz).

3. „Wenn — bewiesen werden können". Welche Thatsachen zur Begründung des Anspruchs erforderlich sind, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Ist dazu die Behauptung einer Kündigung [vgl. bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 375], der Erfüllung einer Bedingung, einer Vorleistung u. dgl. erforderlich, so müssen auch diese Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Aus dem materiellen Rechte ist insbesondere zu beurteilen, ob zur Begründung des Anspruchs aus einem zweiseitigen Vertrage (s. o. Bem. Nr. 1 litt. d) die Behauptung der Erfüllung von Seite des Klägers gehört. Gehört sie dazu — was nach preuß. ALG. I 5 § 271 zweifellos [vgl. Dernburg pr. PrR. II § 110, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 83], nach gem. Recht bestritten [vgl. Windscheid Pand. II § 321 N. 2, v. Vangerow Pand. III § 607 N. II—IV, Stein a. a. O. S. 131], aber zu bejahen sein dürfte [AM. OLG. Celle SA. XLII Nr. 77, RG. 10. Okt. 1890 SA. XLVI Nr. 146] — so muß jene Behauptung in der Klageschrift aufgestellt, es müssen die zum Beweise derselben geeigneten Urkunden der Klageschrift beigefügt und es muß deren Beweis in dem Verhandlungstermine durch Vorlegung von Urkunden vollständig geliefert werden. Wenn jene Behauptung nach dem maßgebenden mat. Rechte nicht zur Begründung des Anspruchs gehörte, so könnte sich noch als Replik gegen die sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorgebracht werden; es entfiele das Bedürfnis, der Klageschrift die zum Beweise jener Behauptung dienlamen Urkunden beizulegen, und es könnte deren Beweis nicht bloß durch Urkunden, sondern auch durch Eideszuschiebung geführt werden. [So die o. cit. UU. in SA. XLII Nr. 77 und XLVI Nr. 146.] — Soweit Präsentation des Wechsels zur Begründung des wechselmäßigen Anspruchs nötig ist, muß die Präsentation durch Urkunden erwiesen, es müssen die Urkunden der Klageschrift beigefügt werden [vgl. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 484, Keyßner Ztschr. f. d. ges. HR. XXV S. 495]. — Urkundenbeweis ist auch für die zur Begründung von Nebenansprüchen erforderlichen thatsächlichen Behauptungen sowie für diejenigen Thatsachen, welche zur Begründung eines zulässigerweise (§ 240) erweiterten Antrags gehören, notwendig [RG. 5. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 104 S. 383]; ebenso für die Thatsachen, die das Vorhandensein des Anspruchs in der Person des Klägers, die sog. Aktivlegitimation, ergeben, also z. B. wenn jemand als Erbe oder als Cessionar klagt, die Erbeneigenschaft oder die Cession; ferner, wenn das den Klagegrund bildende Rechtsgeschäft von einem Vertreter geschlossen — z. B. der Wechsel von einem Prokuristen des Beklagten ausgestellt — wurde, für die Thatsachen, welche die Vertretungsbefugnis ergeben [RG. 31. März 1885 Entsch. XIII Nr. 97 S. 369]. Wurde aus einem Wechsel geklagt und dem aus dem Wechsel an und für sich begründeten Anspruche mit dem Einwande begegnet, daß der Kläger seinen Anspruch vor der Klage einem Andern cediert hatte, so ist die Behauptung der Rückcession Replik; die Klage kann also nicht als im UPr. unzulässig abgewiesen werden [RG. 3. Dez. 1890 Entsch. XXVII Nr. 97 S. 376 ff.]. Auf die sog. Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247) bezieht sich das Erfordernis des Urkundenbeweises nicht; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 558. Daher ist es z. B. nicht nötig, daß die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts oder daß die Legitimation

Digitized by Google

des gesetzlichen Vertreters zum Prozesse durch Urkunden erwiesen werden kann. [Vgl. RG. 23. Okt. 1888 SA. XLIV Nr. 235, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 610.]

Unter Urkunden sind hier nur schriftliche Urkunden zu verstehen (arg. § 556); aber nicht bloß Urkunden, deren Beweiskraft gesetzlich bestimmt ist (s. d. S. 730 cit. Mot.), sondern auch andere, wenn sie nur im konkreten Falle die volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen begründen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß auf Grund von nicht unterschriebenen Urkunden, z. B. von gedruckten Koupons ohne Unterschrift [vgl. RG. 23. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 120 S. 416 ff.] oder von Auszügen aus Handelsbüchern, im UPr. geklagt werde. [Ebenso die anderen Komm., Stein a. a. O. S. 95, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 116 ff.]

Thatsachen, die bei Gericht offenkundig sind, bedürfen auch im UPr. nicht des Beweises [vgl. Stein a. a. O. S. 132 ff., RG. Entsch. XII S. 133, XIII S. 370].

Können nicht die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden, so ist der Urkundenprozeß unstatthaft und die Klage nach mündlicher Verhandlung als in der gewählten Prozeßart unzulässig abzuweisen. Näheres s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 560.

§ 556.

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozesse geklagt werde. Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden.

Mot. S. 350. KPr. S. 280, 560.

1. Die Klage im UPr. wird erhoben, wie jede andere Klage (§§ 230, 457, 460, 461). Außer den allgemeinen Vorschriften müssen aber bei der Klage im UPr. folgende besondere Vorschriften beachtet werden:

a) Die Klageschrift muß die Erklärung enthalten, daß im UPr. geklagt werde. (Vgl. RA. v. 1654 § 39). Diese Erklärung kann weder durch Zustellung eines gesonderten Schriftsatzes noch in der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden. Ist jene Erklärung nicht in der Klageschrift enthalten, so ist die Klage im ordentlichen Prozesse erhoben; das Gesetz gestattet die Überleitung des ordentlichen Prozesses in den UPr. nicht.

b) Die Urkunden, wodurch die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen (s. Bem. Nr. 3 zu § 555) bewiesen werden können, müssen in Urschrift oder Abschrift der Klage als Anlagen beigefügt und folglich mit dieser zugestellt werden. Nachträgliche Zustellung oder Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei genügt nicht [RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 352]. Die Beifügung von Auszügen aus Urkunden genügt, wenn diese Auszüge den vollständigen Beweis für sämtliche zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen liefern. Urkunden in fremder Sprache genügen der Vorschrift des § 556; es braucht keine Übersetzung beigegeben zu werden; § 133 Abs. 3 kommt erst in der Verhandlung in Betracht [vgl. RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 437]. — Die Beifügung der Beweisurkunden zur Klageschrift ist wesentliches Erfordernis der Klage. Der Beklagte kann, wenn die Urkunden nicht beigefügt sind, den Mangel rügen; dann ist auf absolutio ab instantia zu erkennen. Rügt jedoch der erschienene Beklagte den Mangel nicht, so hat das Gericht den Mangel nicht von Amtswegen zu beachten; denn die Beifügung der Urkunde zur Klage ist immerhin nur ein formelles Erfordernis des Klageaktes und nicht, wie die davon zu unterscheidende Antretung des Urkundenbeweises in der mündlichen Verhandlung ein Erfordernis der Prozeßart. [So auch Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 169, Rehbein WO. (3) S. 150, Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 392 ff., Stein a. a. O.

Digitized by Google

S. 160; vgl. a. RG. Entsch. XII S. 133, wo übrigens die Vorschriften über Beifügung der Urkunden zur Klage und über die Beweisantretung in unrichtiger Weise verquickt werden. AM. Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 4, Hellmann Lehrb. S. 377, RG. Entsch. V S. 352.] Ist der Beklagte nicht erschienen, so wird der Mangel nicht geheilt (arg. § 267). — Ist die dem Beklagten behändigte Abschrift der der Klage beigefügten Urkunde durch Schreibversehen inkorrekt oder lückenhaft, so kann der Beklagte, wenn dadurch ein Nachteil für ihn herbeigeführt worden ist, Schutz verlangen, also etwa wegen Mangels der Vorbereitung die Vertagung beantragen; aber der Beklagte kann nicht die absolutio ab instantia verlangen, solange das zugestellte Dokument noch als Abschrift des Originals in Betracht kommen kann; jedenfalls kann eine aus der Inkorrektheit der Abschrift sich etwa ergebende Ungültigkeit der Zustellung durch Unterlassung der Rüge (§ 267) geheilt werden [RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 431 ff.].

2. Als Widerklage gegenüber einer im ordentlichen Prozesse erhobenen Klage kann eine Urkundenprozeßklage nicht erhoben werden, weil eine einheitliche Verhandlung in zweierlei Prozeßarten unmöglich ist [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 120, Stein a. a. O. S. 154].

§ 557.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

Mot. S. 350. KPr. S. 280, 560.

§ 557 stimmt mit § 465 Abs. 3 und § 490 Abs. 2 überein. Die Bem. Nr. 1 litt. c zu § 465 findet hierher entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 247 (für das amtsgerichtliche Verfahren modifiziert durch § 465 Abs. 1, 2) und des § 248 Abs. 2 gelten auch im UPr. [vgl. Stein a. a. O. S. 174].

§ 558.

Widerklagen sind nicht statthaft.

Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, sowie bezüglich anderer als der im § 555 erwähnten Thatsachen nur Urkunden und Eideszuschiebung zulässig.

Die Antretung des Urkundenbeweises kann nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen.

Die Leistung eines Eides ist durch Beweisbeschluß anzuordnen.

Mot. S. 350—352. KPr. S. 280, 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Widerklagen sind, selbst wenn sie gleichfalls nur auf Urkunden basieren, im Urkundenprozesse nicht statthaft, weil sie die notwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würden. Erst im folgenden Hauptstreite kann der Beklagte damit gehört werden."

Vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 42. Die Inzidentwiderklage des § 253 ist schon durch § 555 ausgeschlossen. Die Kompensationseinrede ist nicht ausgeschlossen.

2. Zu Abs. 2: a) Bezüglich der zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Behauptungen ist nur Urkundenbeweis zulässig. Bezüglich anderer Behauptungen, mögen sie zur Begründung der Verteidigung vom Beklagten oder replicando vom Kläger aufgestellt sein, ist Beweis sowohl durch Urkunden wie durch Eideszuschiebung möglich. Die Zulassung der Eideszuschiebung ist inkonsequent. Der Gleichstellung der Parteien würde es entsprechen, im UPr. nur solche Einreden, Repliken ꝛc. zuzulassen, deren that-

Digitized by Google

sächliche Begründung ebenso, wie die der Klage, durch Urkunden erwiesen wird. Die Motive S. 351 geben dies zu und erwähnen noch, daß die Eideszuschiebung auch deshalb für bedenklich erachtet worden sei, weil sie für die betr. Thatsache ein definitives, nicht bloß ein provisorisches Resultat liefere. Sie fertigen jedoch diese Einwände folgendermaßen ab:

„Für das Gesetz liegt darin kein Bedenken; nach der angenommenen Konstruktion des Verfahrens ist das Hauptrecht selbst von vornherein im Streite befangen, eine definitive Entscheidung also dem Wesen des Urkundenprozesses in solcher Gestaltung nicht zuwider. Das Gesetz hat die Eideszuschiebung zum Beweise von Einreden neben den Urkunden zugelassen, weil die Erklärung auf den zugeschobenen Eid der Sache nach nur eine Erklärung über die behaupteten Thatsachen unter stärkerem Zwange ist und vom Kläger ohne Dolus nicht verweigert werden kann. Die Eideszuschiebung führt auch, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen (§ 434), sofort zu einem unzweifelhaften Beweisergebnisse."

b) Wird die Echtheit einer vorgelegten Urkunde bestritten, so richtet sich die Beweislast nach den Regeln der §§ 402, 405. Die hiernach beweispflichtige Partei kann den Echtheits- oder Unechtheitsbeweis nur durch andere Urkunden — aber nicht durch Schriftvergleichung (Mot. S. 351) — oder durch Eideszuschiebung führen. Über Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Beweise der Unechtheit öffentlicher Urkunden vgl. Bem. Nr. 3 zu § 402. Die Eideszuschiebung zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit ist auch bezüglich derjenigen Urkunden statthaft, welche vom Kläger zum Beweise der in § 555 bezeichneten Thatsachen produziert werden.

c) Die Zulässigkeit der Eideszuschiebung steht unter der Regel des § 410 cf. § 414. Die Zurückschiebung des Eides ist unter den allgemeinen Voraussetzungen gestattet (Mot. S. 351). Die Eideszu- und -zurückschiebung ist auch im UPr. im Verhältnisse zu anderen zulässigen Beweismitteln, also zum Urkundenbeweise, subsidiär (§§ 418, 419).

d) Der richterliche Eid ist ausgeschlossen. Arg. „nicht vollständig geführt" in §§ 560 Abs. 2, 561 Abs. 1. [So auch die Komm. sowie Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 505 und Stein S. 198.]

3. Zu Abs. 3: Die Beweisantretung nach §§ 386 ff., 393, 397 ist ausgeschlossen [vgl. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 394]. Beweisantretung durch Bezugnahme auf Akten, auch Untersuchungsakten, die bei dem Prozeßgerichte vorhanden sind, ist nicht ausgeschlossen, wenn die Akten von der Partei im Verhandlungstermine vorgelegt werden können [vgl. Stein S. 193 und RG. 5. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 9 S. 45]. Die Urkunden sind nach § 122 vorher mitzuteilen; ist dies nicht geschehen, so können sie zwar noch benutzt werden, die säumige Partei riskiert aber die Vertagung auf ihre Kosten. Zu unterscheiden von der instruktionellen Vorschrift des § 122 ist die im Schlußsatze des § 556 gebotene Beifügung der Urkunden zur Klage [vgl. Francke Ztschr. f. d. CPr. IV S. 279].

4. Zu Abs. 4: Die Motive bemerken:

„Der Urkundenprozeß verträgt kein bedingtes Endurteil, welches erst nach eingetretener Rechtskraft zu purifizieren und vollstreckbar wäre. Die Eigentümlichkeit des klägerischen Prozeßrechts auf absolut schleunige Durchsetzung führt dazu, einen für die Entscheidung des Rechtsstreits präjudiziellen Parteieneid nicht zum Erkenntnisse zu stellen, sondern dessen Abnahme in der Instanz vermittels Beweisbeschlusses anzuordnen. Überflüssige Eide können danach freilich ausgeschworen werden; denn ungeachtet der Vorschrift des § 428, welche auch für den folgenden Hauptstreit die durch Eid festgestellte Thatsache als voll bewiesen bestehen läßt, kann infolge neuer Einreden oder neuer Beweismittel für frühere, wegen mangelhaften Beweises zurückgewiesene Einreden das Endresultat des Prozesses doch ein solches werden, welches das auf den geschworenen Parteieneid basierte Urteil des Urkundenprozesses in Wegfall bringt."

Digitized by Google

Wurde ein bedingtes Endurteil erlassen, so ist die Revision begründet [RG. 29. Nov. 1887 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 176].

Ist der Eid durch Beweisbeschluß angeordnet, so kann ein Versäumniszwischenurteil auf Eidesweigerung (§ 430) nur vorkommen, wenn der Schwurpflichtige nicht erscheint, aber ein Bevollmächtigter für ihn auftritt (vgl. Bem. Nr. 3 II A zu § 430). In diesem, übrigens praktisch bedeutungslosen Falle das Verfahren nach § 430 auszuschließen, dazu bietet das Gesetz trotz der Unzweckmäßigkeit des Verfahrens keine Handhabe. [So auch Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 172 bei N. 29, A. Förster N. 4, Stein a. a. O. S. 197 f. AM. Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 501 ff., Jakoby Kr. VJSchr. XXX S. 428 f.].

5. Die Beweisbeschränkungen der §§ 555, 558 Abs. 2, 3 gelten nicht bezüglich der Thatsachen, woraus sich der Beweis für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der sog. Prozeßvoraussetzungen (s. Bem. Nr. 2 zu § 247) ergiebt. Der Kläger kann also z. B. die zur Begründung des Gerichtsstandes erforderlichen Thatsachen auch durch Zeugen erweisen, wenn das Vorhandensein des Gerichtsstandes durch die Einrede der Unzuständigkeit in Frage gestellt und jene Thatsachen bestritten sind. Der Beklagte, der die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 247 Nr. 3) oder die Einrede, daß die Kosten eines Vorprozesses erst zu erstatten seien (§ 247 Nr. 5), geltend macht, ist bei der Beweisführung über die zur Begründung der Einrede dienenden Behauptungen nicht auf Urkunden und Eid beschränkt. Dies ergiebt sich aus der historischen Entwickelung des UPr.; die urkundliche Liquidität wurde von jeher nur für das materielle Rechtsverhältnis verlangt. Es widerstreitet dem Wesen der Prozeßvoraussetzungen, hier den Beweis und die Kognition zu beschränken. Ein Vorbehalt der prozessualischen Verteidigung für den Beklagten nach § 562 wäre nicht ausführbar, da der § 562 Widerspruch gegen den materiellen Anspruch fordert. [Vgl. Stein S. 173 ff. bes. S. 180, Gaupp II S. 173 f. Abweichend Struckm. Koch N. 2 bezüglich der nicht von Amtswegen zu beachtenden Prozeßvoraussetzungen und RG. 16. Sept. 1886 Entsch. XVII Nr. 78 S. 329.]

§ 559.

Der Kläger kann, ohne daß es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozesse in der Weise abstehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

Mot. S. 352, 353. KPr. S. 281, 560.

1. § 559 wird in den Motiven als eine Konsequenz des Grundsatzes bezeichnet, daß der UPr. ein Vorstadium des ordentlichen Verfahrens sei. Die Wendung „der Rechtsstreit bleibt anhängig" bedeutet: der Rechtsstreit geht unter Fortdauer der Rechtshängigkeit der Streitsache in das ordentliche Verfahren über. [Damit dürfte sich die Polemik Steins a. a. O. S. 39 ff. erledigen. Vgl. zu § 559 auch Stein a. a. O. S. 254 ff., 303 ff.]

a) Die Erklärung, vom UPr. abzustehen, muß vorbehaltslos sein. Giebt der Kläger nur dem Gerichte anheim, für den Fall, daß es den UPr. für unzulässig erachte, den Prozeß in das ordentliche Verfahren überzuleiten, so ist der Prozeß nicht in das Ordinarium übergeleitet und die Klage ist, wenn das Gericht den UPr. als nicht statthaft erachtet, als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abzuweisen [RG. 13. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 94 S. 352].

b) Die Erklärung muß in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden. Die Zustellung eines Schriftsatzes, der diese Erklärung enthält, hat nur vorbereitende Be-

Digitized by Google

deutung. § 243 Abs. 2 ist nicht anwendbar; denn die Erklärung ist keine Zurücknahme der Klage. [So auch Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 174 bei N. 4, A. Förster N. 2, Stein a. a. O. S. 261. AM. Struckm. Koch N. 1, v. Sarwey II S. 11; vgl. a. RG. Entsch. V S. 354.] Ist der Beklagte erschienen, so kann sofort im ordentlichen Verfahren weiter verhandelt werden. Ist der Bekl. im Termine nicht erschienen, so kann der Kläger zwar den Abstand vom UPr. erklären (Mot. S. 353), in diesem Termine aber kein Versäumnisurteil erwirken, weil zu der Verhandlung im ordentlichen Verfahren nicht geladen ist [vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 175 bei N. 13, Stein a. a. O. S. 270 u. a. AM. Hellmann Lehrb. S. 943, Kleiner II S. 611]; es ist daher Vertagung nötig. In dem neuen Termine ist der Beklagte durch den Kläger zu laden (arg. § 300 Abs. 2); die Terminsbestimmung macht die Ladung nicht überflüssig. [Vgl. Mot. S. 353, Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 175 bei N. 13, A. Förster N. 4. AM. Wilm. Levy N. 1, v. Bülow N. 3, die zum verkündeten Termine keine Ladung verlangen.] In Abwesenheit des Bekl. vom UPr. abzustehen, kann für den Kläger von Interesse sein, da auch in Abwesenheit des Bekl. die Voraussetzungen des UPr. zu prüfen sind.

c) Der Abstand vom UPr. ist in jedem Stadium des Verfahrens in der ersten Instanz zulässig, auch noch im Verfahren nach Einspruch, denn der Einspruch versetzt den Prozeß in die vor der Versäumnis vorhandene Lage zurück. [AM. Stein a. a. O. S. 266.] Auch nach einem Beweisbeschlusse, wodurch eine Eidesleistung angeordnet wird, kann der Kläger vom UPr. abstehen; er kann also die Leistung eines ihm auferlegten Eides ohne Rechtsnachteil in der Sache selbst verweigern und die Leistung eines dem Beklagten auferlegten Eides abschneiden, indem er zum ordentlichen Verfahren übergeht (KPr. S. 281). Dadurch ergiebt sich nicht, wie in der JK. d. RT. (KPr. S. 280 f.) behauptet wurde, eine Ungleichheit zwischen der Stellung des Klägers und der des Beklagten. Denn der Beklagte kann, wenn dem Gegner oder ihm selbst durch Beweisbeschluß ein Eid auferlegt ist, die Einwendung, die zu dieser Eidesleistung führte, mit dem Vorbehalte für den ordentlichen Prozeß im UPr. zurückziehen und auf diese Weise bewirken, daß er im UPr. zwar verurteilt wird, im Nachverfahren aber alle Beweismittel geltend machen kann. — In der Berufungsinstanz kann der Kläger nicht mehr zum ordentlichen Verfahren übergehen; denn der Kläger ist nicht befugt, dem Beklagten, der durch die Berufung das Urteil als ohne Recht gegen ihn ergangen beseitigen könnte, diese Möglichkeit durch den Übergang zum ordentlichen Prozesse zu entziehen und dadurch die Aufhebung des fortdauernd vollstreckbaren, weil im UPr. ergangenen, Urteils vom Ausgange des Ordinariums abhängig zu machen. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 174 bei N. 8, Petersen (2) S. 811, Wach I S. 276 N. 21, Planck I S. 309 N. 8, Stein a. a. O. S. 262 ff., Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 242 ff., Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXV S. 492 N. 157, Rehbein WO. S. 152, RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 343 f., 1. Oktober 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1177, OLG. Breslau Ztschr. f. d. CPr. V S. 242, OLG. Braunschweig eod. VII S. 107. AM. Hellmann Komm. II S. 517 und Lehrb. S. 939, A. Förster N. 3, Endemann II S. 445, Fitting Lehrb. (7) S. 620 bei N. 17.]

2. Aus der Fortdauer der Rechtshängigkeit folgt: a) neue Klage ist nicht bloß unnötig, sondern es könnte ihr die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden. b) Die formalen und materiellen Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 235, 239) bleiben bestehen. c) Bei neuer Ladung des Beklagten ist nicht die Einlassungs-, sondern die Ladungsfrist (§ 194) zu wahren. d) Der Beklagte kann den Kläger laden. e) Die in dem UPr. vorgekommenen gerichtlichen Geständnisse, Präklusionen, Verzichte ꝛc. behalten im ordentlichen Verfahren ihre Wirkung. Näheres s. Bem. Nr. 1 zu § 562.

Digitized by Google

Hinsichtlich der Gebührenerhebung gilt das ordentliche Verfahren als besonderer Rechtsstreit (GKG. § 33).

3. Ist ein Urkunden- oder Wechselprozeß zur Zeit der Eröffnung des Konkurses gegen den Gemeinschuldner anhängig und wird dieser Prozeß gemäß § 218 unterbrochen, so ist, wenn der zum Konkurs angemeldete Anspruch auf Widerspruch des Verwalters oder eines Konkursgläubigers stößt, die Feststellung nach KO. § 134 Abs. 3 durch Aufnahme des Prozesses zu verfolgen und zwar, solange kein Endurteil im Sinne des § 134 Abs. 6 der KO. vorliegt, vom Kläger. [Die Behauptung von Petersen und Kleinfeller Komm. zu KO. (3) S. 442, daß der Opponent stets als Kläger auftreten müsse, ist unrichtig.] Da aber der Urkunden- und Wechselprozeß nicht zur definitiven Feststellung führt, so muß der Kläger, um diese zu erreichen, zum ordentlichen Prozesse übergehen. [Vgl. Wilmowski Komm. z. KO. (4) N. 5 zu § 134 S. 376, Petersen u. Kleinfeller Komm. z. KO. (3) N. II 1 zu § 134 S. 442, Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 344, Stein Urk.Proz. S. 255 f.] Ist dies nicht mehr möglich, weil der Urk.- oder Wechselprozeß nicht mehr in der ersten, sondern in einer höheren Instanz anhängig ist (vgl. o. Bem. Nr. 1 litt. c), so ist eine selbständige Feststellungsklage ohne Aufnahme des Prozesses zur Beseitigung des Widerspruchs zu erheben. [Vgl. Wilmowski a. a. O. S. 377, Petersen u. Kleinfeller a. a. O. S. 443, Oetker a. a. O. S. 344. AM. Stein a. a. O. S. 356.]

4. Der Übergang vom Wechselprozesse zum UPr. ist unter der Voraussetzung, daß die Zuständigkeit nicht bloß aus § 566 begründet ist, zulässig und wegen der Möglichkeit, den Wechsel als Beweisurkunde für eine nicht wechselmäßige Verpflichtung zu benützen, nicht ohne praktische Bedeutung. [Vgl. Gaupp II S. 176 bei N. 20, RG. 12. Juni 1886 SA. XLII Nr. 170, OLG. Karlsruhe Bad. Ann. LI S. 33. AM. Stein a. a. O. S. 270.]

§ 560.

Insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder infolge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen.

Ist der Urkundenprozeß unstatthaft, ist insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt, so wird die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozesse unstatthaft sind.

Mot. S. 352, 353. KPr. S. 281, 560.

1. Die Abweisung des Klägers „mit dem Anspruche" erfolgt:

a) wenn gegen den ausgebliebenen Kläger ein Versäumnisurteil (§ 295) erlassen wird;

b) wenn der Anspruch des Klägers als materiell unbegründet sich darstellt, das ist, wenn die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen den Klagantrag nicht rechtfertigen [vgl. RG. 7. April 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1066] oder wenn der Antrag zufolge der Verteidigung des Beklagten als nicht zu Recht bestehend erscheint. Wird z. B. der Einwand der Wechselunfähigkeit für begründet erachtet, so ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen [RG. 13. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 94 S. 352]. Wegen Mangels von Beweis kann im UPr. der Kläger nicht als sachfällig abgewiesen werden [vgl. Stein UPr. S. 224 ff.].

c) wenn der Kläger auf den Anspruch verzichtet (§ 277).

Digitized by Google

2. Auf absolutio ab instantia muß erkannt werden:

a) wenn es an einer der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen mangelt. Ob der Mangel ex officio oder erst auf Rüge des Beklagten zu beachten ist, richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Vgl. Bem. Nr. 2, 11 zu § 247 und Bem. Nr. 2 zu § 248;

b) wenn der erhobene Anspruch nicht die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen zum Gegenstande hat oder wenn nicht die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden können. Die abs. ab inst. aus diesen Gründen ist als Abweisung der Klage als „in der gewählten Prozeßart unstatthaft" zu formulieren. Das Urteil ist, wie jede abs. ab inst., ein Endurteil, daher durch Berufung oder Revision anfechtbar; nicht mit Einspruch, weil es niemals auf Versäumnisfolgen beruht. Es begründet nicht die Einrede der abgeurteilten Sache gegenüber neuer Klage. [Teilweise anders Stein a. a. O. S. 228 ff.] Die abs. ab inst. muß auch ausgesprochen werden, wenn der zur mündlichen Verhandlung erschienene Beklagte die zur Begründung der Klage erforderlichen thatsächlichen Behauptungen zugesteht oder nicht bestreitet (anders bei Anerkenntnis, s. u.) und auch, wenn der Beklagte den Verhandlungstermin versäumt; denn sowohl die Qualifikation des Anspruchs zum UPr. seinem Gegenstande nach als auch dessen urkundliche Liquidität sind Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Urkundenprozesses, und die historische Entwicklung des UPr. sowie die Fassung des § 555 sprechen dafür, daß ein Mangel dieser Voraussetzungen von Amtswegen zu beachten ist. Die historische Entwicklung: denn nach dem früheren Rechte war die Klage im Exekutivprozesse a limine zurückzuweisen, wenn der erhobene Anspruch seinem Gegenstande nach oder, weil er nicht urkundlich liquid gestellt war, sich nicht zu dieser Prozeßart eignete [vgl. dazu Stein a. a. O. S. 101 ff.]; der Umstand aber, daß das moderne Prozeßrecht eine Abweisung der Klage erst nach mündlicher Verhandlung kennt, hat an der Offizialprüfung der Zulässigkeit der Prozeßart nichts geändert. Die Fassung des § 555: denn das Gesetz macht die Zulässigkeit des UPr. davon abhängig, daß die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, setzt also die von dem Verhalten des Beklagten unabhängige abstrakte Möglichkeit des urkundlichen Beweises als Bedingung für die Zulässigkeit der Prozeßart und folglich auch eines in dieser Prozeßart ergehenden Urteils.

Während allgemein anerkannt ist, daß die Klage trotz einem ausdrücklichen oder fingierten Geständnisse der die Klage begründenden Thatsachen abgewiesen werden muß, wenn der Anspruch sich dem Gegenstande nach nicht zum UPr. eignet, ist die Abweisung wegen Mangels des urkundlichen Beweises der Klagethatsachen im Falle des ausdrücklichen oder fingierten Zugeständnisses bestritten. Man glaubt nämlich daraus, daß zugestandene und als zugestanden geltende Thatsachen des Beweises nicht bedürfen, folgern zu dürfen, daß der Kläger im Falle des Geständnisses für die zur Anspruchsbegründung dienenden Thatsachen einen Beweis in der mündlichen Verhandlung überhaupt nicht anzutreten habe, woraus sich ergeben würde, daß die Klage in einem solchen Falle nicht „wegen Mangels eines dem Kläger obliegenden Beweises" (s. Abs. 2 des § 560) abgewiesen werden könne. Allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Allerdings tritt bei dem ausdrücklichen und bei dem fingierten Geständnisse der die Klage begründenden Thatsachen kein Bedürfnis ein, diese Thatsachen zu erweisen; aber dieses Nichteintreten des Beweisbedürfnisses beseitigt nicht die Pflicht des Gerichts, von dem ein Urteil im UPr. verlangt wird, die Zulässigkeit der Prozeßart zu prüfen. Um diese Prüfung zu ermöglichen, muß der Kläger trotz dem Zugeständnisse der Klagethatsachen im Verhandlungstermine dem Gerichte die Urkunden

Digitized by Google

vorlegen, aus denen sich der Beweis der zur Anspruchsbegründung dienenden Thatsachen ergeben soll; das Gericht hat zu prüfen, ob sich dieser Beweis daraus ergiebt (iudici fit probatio), und die Klage abzuweisen, wenn dies nicht der Fall ist. [Vgl. Wilm. Levy (6) N. 7, Gaupp II S. 178, Petersen (2) S. 814, v. Sarwey II S. 13, Hellmann Komm. II S. 520 und Lehrb. S. 937, Kurlbaum Ztschr. f. d. CPr. III S. 194, Francke eod. IV S. 279 ff., H. Meyer eod. IX S. 343, Kohler Arch. f. c. Pr. LXX S. 247 ff. und Forschungen S. 123, Stein UPr. S. 99 ff. bes. S. 110. AM. Struckm. Koch (6) N. 2 Abs. 2, A. Förster N. 3 zu § 555, Endemann II S. 542, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 479 ff., 500, RG. 10. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 29 S. 133, 14. Jan. 1893 XXX Nr. 124 S. 408.] Nicht anders steht es, wenn der Beklagte den Verhandlungstermin versäumt. Auch hier muß der Kläger, um ein Urteil im UPr. zu erhalten, dem Gerichte die zum Beweise der klagebegründenden Thatsachen ausreichenden Urkunden vorlegen; das Gericht muß die Klage abweisen, wenn Urkunden nicht vorgelegt werden oder die vorgelegten Urkunden zum Beweise dieser Thatsachen nicht ausreichen. Dem Präjudize des § 296 gemäß gilt die Echtheit der dem Beklagten als Anlage der Klageschrift zugestellten Urkunden als zugestanden; aber weitere Bedeutung hat das Präjudiz des § 296 im UPr. nicht. Es ist eine müßige Frage, ob dieses Präjudiz sich auch auf die Klagethatsachen selbst beziehe; denn auch wenn dies der Fall wäre, dürfte das Gericht den Beklagten nicht verurteilen, sondern müßte die Klage in der Prozeßart abweisen, wenn der Kläger die zum Beweise erforderlichen Urkunden im Verhandlungstermine nicht vorlegt. Die Motive verneinen übrigens die Anwendbarkeit des § 296 auf jene Thatsachen:

„Der Kläger, welcher den UPr. gewählt hat oder bei demselben beharrt, kann die Vorteile desselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen urkundlichen Beweis antritt bezw. erbringt. Das gilt auch beim Ausbleiben des Beklagten. Die Annahme, daß der ungehorsame Beklagte die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen zugestehe, wie sie im ordentlichen Prozesse Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf Seite des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht."

Ist auch der Schlußsatz in der vorliegenden Fassung nicht über Bedenken erhaben (was heißt „materielle Bedingungen eines Prozeßrechts?"), so ist doch die darin ausgesprochene Ansicht, daß die Versäumnis des Beklagten den Kläger nicht der Verpflichtung enthebe, die Klagethatsachen durch Vorlegung von Urkunden zu erweisen, vollständig richtig. Es erscheint daher nicht korrekt, wenn das Versäumnisurteil im UPr. einfach auf das Präjudiz des Zugeständnisses der vom Kläger vorgebrachten Thatsachen gestützt wird [wie das in den preuß. Formularen Nr. 35, 178, 208 nach Bierhaus Formularbuch S. 30, 134, 160 geschehen ist]; vielmehr muß in dem Versäumnisurteile festgestellt werden, daß der Kläger den Beweis der Klagethatsachen in dem Verhandlungstermine durch Vorlegung von Urkunden angetreten und erbracht habe, daß diese Urkunden dem Beklagten mit der Klage zugestellt worden seien und daher dem Präjudize des § 296 gemäß als anerkannt gelten. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2 Abs. 3, Wilm. Levy N. 6, A. Förster N. 3, Gaupp II S. 178 f., Petersen (2) S. 814, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 479 ff., Stein UPr. S. 236 ff., OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 510. Abweichend Kurlbaum Ztschr. f. d. CPr. III S. 191 ff., Drache eod. S. 291 ff., Francke eod. IV S. 282 ff., Hankel Arch. f. c. Pr. LXXI S. 365 ff.]

Anders gestaltet sich die Sachlage bei einem gerichtlichen Anerkenntnisse (§ 278). Wenn und soweit der Beklagte den Anspruch des Klägers gerichtlich anerkennt, verzichtet er auf die gerichtliche Prüfung der Existenz des Anspruchs. Das Urteil des Gerichts erfolgt ohne Erüfung der Existenz des Anspruchs auf Grund des Anerkenntnisses. Folglich hat das Gericht gar keinen Anlaß, zu prüfen, ob der UPr. zulässig ist. Auch wenn dies

Digitized by Google

nicht der Fall wäre, müßte auf Grund des Anerkenntnisses verurteilt werden; denn ein Urteil auf Grund Anerkenntnisses ist ebenso wie das Urteil im UPr. von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 1 und 4), unterscheidet sich also dadurch, daß es im UPr. erlassen wurde, in nichts von dem im gewöhnlichen Prozesse auf Grund Anerkenntnisses erlassenen Urteile. Der Kläger braucht im Falle des Anerkenntnisses nicht wegen etwaiger Bedenken gegen die Zulässigkeit der Prozeßart vom UPr. abzustehen, was wegen des GKG. § 33 bedeutsam ist. [So auch Mot. S. 353 und die Komm., sowie RG. 11. Juni 1881 Entsch. V Nr. 94 S. 352, 28. März 1883 IX Nr. 123 S. 434.] — Hat der erschienene Beklagte dem Anspruche auf Grund von Einwendungen widersprochen, die rechtlich unbegründet oder im UPr. wegen der Unmöglichkeit, sie durch Urkunden oder Eid zu erweisen, unstatthaft sind, so liegt kein Anerkenntnis vor; das Gericht hat die Zulässigkeit des UPr. zu prüfen und, wenn sie nicht gegeben ist, die Klage „als in der gewählten Prozeßart unstatthaft" abzuweisen.

c) Endlich ist die Klage „als in der gewählten Prozeßart unstatthaft" abzuweisen, wenn der Kläger andere als die in § 555 erwähnten Thatsachen zu erweisen hat und sie nicht durch Urkunden oder Eid vollständig beweisen kann. Dies kann nur vorkommen, wenn der Beklagte im Verhandlungstermine erschienen ist und der Kläger zufolge der Verteidigung des Beklagten die Echtheit einer Urkunde oder die Wahrheit einer nicht zur Begründung des Anspruchs gehörigen Thatsache zu beweisen hat. — Bezüglich der Anfechtbarkeit dieser abs. ab inst. und deren Verhältnis gegenüber einer neuen Klage gilt das ad b Abs. 1 Gesagte.

§ 561.

Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen.

Mot. S. 353, 354. KPr. S. 281, 560.

1. Die Motive bemerken: „Die im Urkundenprozesse vom Beklagten erhobenen Einwendungen und Dupliken gelten, weil das Hauptrecht des Klägers in lite, für den ganzen Prozeß erhoben; im Stadium des Urkundenstreits aber ist Beklagter hinsichtlich derselben auf Urkunden und Eideszuschiebung beschränkt. Vermag er sie auf diese Weise nicht oder nicht vollständig zu erweisen, so folgt daraus noch nichts für die wirkliche Grundlosigkeit derselben, sie können deshalb auch nur in diesem Verfahren, d. i. provisorisch, zurückgewiesen und in dem anschließenden ordentlichen Verfahren vom Beklagten wieder aufgenommen werden. Damit ist die Verurteilung des Beklagten im Urkundenprozesse verbunden; der auszusprechende Vorbehalt seiner Rechte ist in diesem Falle selbstverständlich. Sind die Einreden oder Dupliken materiell hinfällig, so wird über dieselben zwar sachlich entschieden, gleichwohl sind auch hier in dem verurteilenden Erkenntnisse dem Beklagten seine Rechte vorzubehalten, wegen des nur unvollständigen Gehörs, das ihm im ersten Stadium des Verfahrens bewilligt war."

Unter „Einwendungen" des Beklagten sind alle Arten von Verteidigungsbehelfen zu verstehen, deren Beweis dem Beklagten obliegt; also nicht bloß exceptiones im römischen Sinne. Der Ausdruck „Einwendung" ist von der sog. Vorkommission an Stelle von „Einrede" gesetzt [s. Wilm. Levy N. 1 zu § 560], um der mißverständlichen Verwechselung mit Einrede im engeren Sinne vorzubeugen. Zu den Einwendungen im Sinne des § 561 gehört z. B. auch die Bestreitung der Echtheit einer öffentlichen Urkunde; denn der Beklagte muß den Beweis der Unechtheit führen. Soweit die zur Begründung der Einwendungen dienenden Behauptungen widersprochen werden, werden sie des Beweises be-

Digitized by Google

dürftig, und dann wird die Beschränkung der Beweismittel bedeutsam. — Auf die sog. prozeßhindernden Einreden bezieht sich der § 561 nicht; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 558.

2. Die Zurückweisung der im UPr. unstatthaften Einwendungen ist in den Gründen auszusprechen. In die Urteilsformel ist nur der allgemeine Vorbehalt des § 562 aufzunehmen.

§ 562.

Dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Anspruche widersprochen hat, ist in allen Fällen, in denen er verurteilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urteils nach Vorschrift des § 292 beantragt werden.

Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen.

Mot. S. 354, 355. KPr. S. 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Ohne Vorbehalt der Rechte kann der Beklagte nur verurteilt werden, wenn er den erhobenen Anspruch bedingungslos anerkannte (§ 278) oder wenn er im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschien oder nicht verhandelte. Der Vorbehalt ist insbesondere auch dann auszusprechen, wenn der verurteilte Beklagte nur aus Rechtsgründen dem Anspruche widersprach und wenn die Einwendungen des Beklagten als materiell unbegründet (nicht bloß als im UPr. unstatthaft) verworfen wurden. Der Vorbehalt des Nachprozesses ist auch in diesen Fällen trotz dem Fortwirken der im UPr. getroffenen Entscheidung für den Nachprozeß nicht bedeutungslos, weil er dem Beklagten die Möglichkeit anderer Verteidigung eröffnet [vgl. OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 484]. — Der Widerspruch gegen den erhobenen Anspruch braucht nicht begründet zu werden; der Beklagte kann erklären, daß er sich die Ausführung seines Widerspruchs für den ordentlichen Prozeß vorbehalten und im UPr. die Verurteilung über sich ergehen lassen wolle [vgl. Stein a. a. O. S. 215].

2. Zu Abs. 2: Der Vorbehalt ist in der Urteilsformel (§ 284 Nr. 5) auszusprechen und zwar, wenn Widerspruch erhoben ist, ohne besonderen Antrag des Beklagten [Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 346]. Ist dies übersehen, so kann die Ergänzung entweder im Wege des Ergänzungsantrags (§ 292) oder durch Rechtsmittel erlangt werden. Ist die Frist des § 292 abgelaufen, so ist nur noch der Weg der Rechtsmittel offen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 182 bei N. 6, Endemann II S. 552, Petersen (2) S. 815, v. Sarwey II S. 15, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 513 ff., Stein a. a. O. S. 216, RG. 7. März 1883 Entsch. X Nr. 105 S. 348. AM. Hellmann Komm. II S. 523, Kleiner II S. 668.] Vgl. a. Bem. N. 2 zu § 502.

3. Zu Abs. 3: Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 502; die dort entwickelten Sätze finden hierher entsprechende Anwendung. Vgl. ferner Bem. Nr. 6 zu § 648. Das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil, das unter Vorbehalt der Rechte ergeht, wird mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 645) definitiv vollstreckbar. Daß der Vorbehalt noch nicht erledigt ist, hemmt die definitive Vollstreckbarkeit nicht, weil das Vorbehaltsurteil des § 562 in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen ist [vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 652, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. S. 236, Wolff Eintr. in d. Grundb. S. 36, RG. 13. Jan. 1886 Jur. WSchr. S. 73, OLG. Dresden Sächs. Ann. VI S. 183 f., VII S. 38. AM. Stein a. a. O. S. 272]. Der Übergang der vorläufigen Vollstreckbarkeit zur definitiven ist wegen der nach §§ 651, 652 zur Abwendung oder Erlangung der vorläufigen Vollstreckbarkeit gestellten Sicherheit sowie wegen des § 658 bedeutsam. [Vgl. KG. Berlin

Digitized by Google

Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 499, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 220.] Schutz gegen die Gefährdung des dem Verurteilten eventuell zustehenden Rückforderungsrechts bieten Arrest und einstweilige Verfügung.

4. Das Berufungsgericht kann in die Lage kommen, den Vorbehalt auszusprechen, wenn das Untergericht unterlassen hatte, den Vorbehalt der Verurteilung beizufügen, oder wenn das Untergericht die Klage abgewiesen hatte, während das Berufungsgericht die Verurteilung mit Vorbehalt für angezeigt erachtet. Über die Frage, ob die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen werden könne, s. Bem. Nr. 6 litt. c zu § 500. Wird nicht an die erste Instanz zurückverwiesen, so bleibt der Rechtsstreit bei dem Berufungsgerichte anhängig. [Vgl. RG. 22. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 95 S. 368, 25. März 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 171, OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 288, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 507. AM. Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 347, V S. 298 ff., Stein S. 315 ff.] Ist das Revisionsgericht der Ansicht, daß einer Verurteilung der fehlende Vorbehalt beizufügen oder daß statt der Abweisung der Klage eine Verurteilung mit Vorbehalt auszusprechen sei, so hat es nicht selbst ein Urteil mit Vorbehalt zu erlassen — denn das wäre keine Endentscheidung im Sinne des § 528 Nr. 1 — sondern es hat das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Das Ordinarium wird dann beim Berufungsgerichte anhängig. [Vgl. Wilm. Levy N. 1. AM. Gaupp II S. 182 bei N. 8, Sydow Ztschr. f. d. CPr. II S. 514, Brettner eod. III S. 437, die übrigens darin zustimmen, daß das Ordinarium beim Ber.Ger. anhängig wird; ferner Stein S. 253, 315 f.]

§ 563.

Wird dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig.

Insoweit sich in diesem Verfahren ergiebt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urteil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und zur vollen oder teilweisen Erstattung der verursachten Kosten, sowie auf Antrag zur Erstattung des vom Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Erscheint in diesem Verfahren eine Partei nicht, so finden die Vorschriften über das Versäumnisurteil entsprechende Anwendung.

Mot. S. 352—355. KPr. S. 281, 560, 720.

1. Zu Abs. 1: Der Vorbehalt muß stets allgemein, nicht bloß als Vorbehalt der bereits im UPr. vorgebrachten Einwendungen erfolgen (Mot. S. 354) [OAG. Celle SA. XXXVI Nr. 168]. — Wegen des Nachverfahrens im Wechselprozesse s. Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 565.

Die Fortdauer der Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen: a) Der Nachprozeß kann von dem Kläger und von dem Beklagten betrieben werden. Das Gericht bestimmt aber nicht von Amtswegen Termin, sondern es ist Ladung seitens einer Partei nötig (s. Bem. Nr. 2 Ziff. II litt. f ζ vor § 191). Dabei ist die Ladungs-, nicht die Einlassungsfrist zu wahren. Die Parteistellung bleibt unverändert. b) Die prozessualischen (§ 235) und die materiellrechtlichen (§ 239) Wirkungen der Rechtshängigkeit dauern fort. Das Nachverfahren kann also nicht bei einem anderen Gerichte anhängig gemacht werden (§ 235 Nr. 1). Die Zuständigkeit des Gerichts dauert fort (§ 235 Nr. 2). Es bleibt daher z. B. das Landgericht für das Nachverfahren zuständig, wenngleich die Einwendungen einen Streitgegenstand von weniger als 300 ℳ betreffen. Auch die Zuständigkeit der Kammer f. Handelssachen dauert fort [vgl. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXV S. 493, Stein a. a. O.

Digitized by Google

S. 318]. — Das Verbot der Klagänderung (§ 235 Nr. 3) dauert fort; es kann daher im Nachverfahren kein neuer Klagegrund geltend gemacht werden. [Vgl. Kohler Forschungen S. 120 und RG. 3. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 1 S. 4. Dieses U. ist insofern nicht richtig, als es zwar dem Zahlungsversprechen die Eigenschaft eines selbständigen Klagegrundes abspricht, gleichwohl aber die Geltendmachung im Nachverfahren ausschließt.] c) Die im UPr. abgegebenen Erklärungen der Parteien über Thatsachen und Urkunden — Geständnisse (§ 261), Anerkenntnisse von Urkunden — desgleichen die im UPr. zufolge von Unterlassungen eingetretenen Präklusionen, die vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintreten (eine Zusammenstellung s. Bem. Nr. 5 zu § 251; von den dort aufgeführten Präklusionen bleiben die sub litt. c und g genannten hier außer Betracht), behalten ihre Wirksamkeit auch für das Nachverfahren. Ebenso die Eidesleistung, woraus folgt, daß im Nachverfahren der Beweis des Gegenteils der im UPr. beschworenen, positiven oder negativen Thatsachen nur unter denselben Voraussetzungen stattfindet, unter denen ein rechtskräftiges Urteil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann (§§ 428 Abs. 2, 543 Nr. 1) [RG. 21. Nov. 1883 Entsch. XIV Nr. 89 S. 322, 22. Nov. 1884 XIII Nr. 108 S. 399, 13. Okt. 1885 XIV Nr. 55 S. 220, 9. Dez. 1886 XVIII Nr. 82 S. 378 ff., bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 347]. Auch die im UPr. erfolgte Eidesweigerung [vgl. RG. 29. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1160] und die Eideserlassung behält im Nachverfahren ihre Wirksamkeit. Dagegen sind Präklusionen, die erst durch den Schluß der Verhandlung im UPr. eintreten, für das Nachverfahren nicht wirksam. Es kann daher im Nachprozesse eine Thatsache, die gemäß § 129 Abs. 2 im UPr. als zugestanden galt, oder die Echtheit einer Urkunde, die im UPr. weder ausdrücklich anerkannt noch bestritten wurde, trotz § 404 Abs. 2 bestritten, es kann eine im UPr. versäumte Eideserklärung oder Eidesleistung im Nachverfahren nachgeholt werden [vgl. Stein S. 320 f.]. d) Das Urteil im UPr. hat insoweit, als es nicht auf der eigentümlichen Beschränkung des Verfahrens im UPr. beruht, als Zwischenurteil für das Nachverfahren bindende Kraft (§ 289). Der § 685 Abs. 2 des nordd. Entw. spricht dies besonders aus, um der entgegenstehenden — auch vom ROHG. Entsch. II S. 344 ff. reprobierten — preußischen Praxis entgegen zu treten. Die Mot. S. 355 erklären eine solche Bestimmung für überflüssig, weil sich diese Folge bei Festhaltung des Gedankens, daß Urkunden- und ordentlicher Prozeß zusammen materiell nur einen einzigen Prozeß bilden, von selbst ergebe. Richtiger: diese Folge ergiebt sich aus der Identität des Streitgegenstandes in beiden Prozessen. Sind also Einwendungen des Beklagten im UPr. aus thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen als materiell unbegründet — nicht bloß als im UPr. unstatthaft (§ 561) — verworfen worden, so kann sich das Nachverfahren auf diese Einwendungen nicht erstrecken [vgl. OLG. Kiel SA. XLI Nr. 79, OLG. Marienwerder SA. XLVIII Nr. 228]. Dabei ist jedoch die oben ad c erwähnte Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen beschworene Thatsachen unter den Voraussetzungen des § 543 Nr. 1 zu beachten. Neue Einwendungen und neue Beweise für solche Einwendungen, die wegen Mangels des im UPr. zulässigen Beweises verworfen wurden, können vorgebracht werden [RG. 7. Jan. 1882 SA. XXXVII Nr. 349, OLG. Karlsruhe eod. Nr. 350, KG. Berlin SA. L Nr. 59].

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 503 Abs. 3. a) Ergiebt sich im Nachprozesse, daß die Verteidigung des Beklagten materiell unbegründet ist, so ist das im UPr. ergangene Urteil zu bestätigen. Formel: „Es hat bei dem Urteile vom . . . sein Bewenden." Über die Kosten des Verfahrens ist nach den allgemeinen Regeln (§§ 87 ff.) zu erkennen. b) Ergiebt sich dagegen im Nachprozesse, daß der Anspruch ganz oder teilweise unbegründet war, so ist das frühere Urteil ganz oder teilweise aufzuheben und insoweit auf Ab-

Digitized by Google

weisung des Klägers mit dem Anspruche zu erkennen. Die Kosten des UPr. und des Nachverfahrens sind als Einheit zu betrachten; es ist darüber neu zu erkennen nach den Regeln der § 87 ff. Hat der Beklagte auf Grund des im UPr. ergangenen Urteils gezahlt oder geleistet, so kann er bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das Urteil ergeht, innerhalb des Nachverfahrens die Verurteilung des Klägers zur Erstattung verlangen. [Ob auch die Erstattung des an Zahlungsstatt Gegebenen? Dagegen OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 58 mit schwacher Begründung.] Über einen solchen Antrag des Beklagten ist mündlich zu verhandeln. [Vgl. dazu Bem. Nr. 2 zu § 655 und Stein a. a. O. S. 330 ff.] Wegen eines etwaigen Anspruchs auf Schadensersatz vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 a. E. zu § 503. Wenn ein Anspruch auf Schadensersatz begründet ist, kann er nur durch eine besondere Klage oder durch Widerklage geltend gemacht werden. Im Entw. II e. BGB. Anm. zu § 763 ist Schadensersatzpflicht vorgesehen. c) Sowohl das Urteil, wodurch das Urteil des UPr. bestätigt, wie dasjenige, wodurch dieses Urteil ganz oder teilweise aufgehoben wird, kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln angefochten werden. d) Da im Ordinarium verhandelt werden kann, ehe das Urteil des UPr. rechtskräftig ist, so kann sich ergeben, daß das Urteil im Ordinarium eher die Rechtskraft beschreitet, als das Urteil im UPr. Ist über die Berufung gegen das Urteil im UPr. zu entscheiden, nachdem im Ordinarium schon rechtskräftig geurteilt ist, so kann auf Grund des letzteren Urteils die exc. rei ind. im UPr. geltend gemacht werden [vgl. RG. 5. Febr. 1884 SA. XL Nr. 76]. e) Insoweit sich jedoch das Urteil im Nachverfahren auf das Urteil im UPr. stützt, ist es in seinem Bestande davon abhängig, daß dieses Urteil rechtskräftig wird. [Vgl. Stein a. a. O. S. 341 f., Wilm. Levy N. 1. Irrtümlich nehmen Gaupp II S. 184 und Fitting 7. Aufl. S. 628 N. 43 an, daß das ordentliche Verfahren erst nach der Rechtskraft des Vorbehaltsurteils beginnen könne.]

3. Zu Abs. 3: Das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Kläger geht dahin, daß die Klage abzuweisen sei (§ 295). Das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Beklagten ist auf Grund der Annahme des Zugeständnisses des thatsächlichen mündlichen Vorbringens des Klägers zu erlassen, lautet also auf vorbehaltlose Verurteilung des Beklagten (§ 296). Der Fall, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers dessen Antrag nicht rechtfertigt, kann hier nicht vorkommen, weil die Verurteilung im UPr. nicht hätte erfolgen können, wenn die Klage nicht schlüssig wäre. Bezüglich der Frage, ob die Klage schlüssig sei, ist das im UPr. ergangene Urteil für das Nachverfahren gemäß § 289 bindend; diese Frage kann also jetzt nicht anders als im UPr. beurteilt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 297. Ist das Versäumnisurteil formell rechtskräftig (§ 645), so begründet es die Einrede der abgeurteilten Sache; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 295 und Bem. Nr. 2 Abs. 4 zu § 296. Diese Einrede kann in dem in Bem. Nr. 2 litt. d a. E. besprochenen Falle im UPr. geltend gemacht werden.

4. Da der ganze Prozeß anhängig bleibt, sind im Nachverfahren die Gebühren nach dem Streitgegenstande des UPr. zu berechnen [RG. 20. Febr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 82 S. 350].

§ 564.

Die Vorschriften der §§ 502, 503 finden im Urkundenprozesse keine Anwendung.

Mot. S. 311, 312, 355. KPr. S. 281, 560.

Dem weitergehenden Vorbehalt des § 562 gegenüber wäre der Vorbehalt bestimmter Verteidigungsmittel nach § 502 zweck- und sinnlos.

§ 565.

Werden im Urkundenprozesse Ansprüche aus Wechseln im Sinne der

Digitized by Google

Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.

Mot. E. 355, 356. EPr. E. 281, 560.

1. Litteratur: Sydow Erörterungen zum Wechselprozeß Ztschr. f. d. CPr. II S. 470 ff., Thöl Wechselrecht (4. Aufl.) § 198a, v. Wächter Encykl. d. WR. S. 817, Gareis in v. Holtzendorffs Rechtslex. III S. 1291 f. (s. v. Wechselprozeß), Stein UPr. S. 200 ff.

2. Im „Urkundenprozesse". Für den Wechselprozeß gelten die Vorschriften des UPr. mit dem Abmaße, daß die in § 555 enthaltene Beschränkung auf Ansprüche, die die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande haben, für den WPr. nicht besteht. Für die Ansprüche auf Sicherstellung (WO. Art. 26, 29) steht die Zulässigkeit des Wechselprozesses schon deswegen außer Zweifel, weil die WO. Art. 26 die Zulässigkeit des Wechselprozesses ausspricht und diese Bestimmung gemäß EG. z. CPr. § 13 Abs. 1 neben der CPrO. gilt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 189, Sydow a. a. O. S. 472, v. Amsberg Ztschr. f. d. g. HR. XXIV S. 329 ff., Keyßner eod. XXV S. 490, Dernburg pr. PrR. § 280 N. 1, Stein a. a. O. S. 90, OLG. Stuttgart SA. XXXVII Nr. 351. AM. Endemann II S. 559, Thöl WR. § 198a, beide vor v. Amsbergs Untersuchung]. Aber der Wechselprozeß ist auch für die übrigen in Bem. Nr. 3 Abs. 1 litt. c—e aufgeführten Ansprüche aus Wechseln, obwohl sie nicht auf Zahlung oder Leistung von Geld oder vertretbaren Sachen gehen, zulässig, wenn die zur Begründung dieser Ansprüche nötigen Thatsachen durch Urkunden erweisbar sind. [So auch v. Amsberg, Struckm. Koch, v. Bülow, Gaupp, Sydow, Keyßner a. a. O. AM. Wilm. Levy a. a. O., Stein a. a. O. S. 91 ff. Die von v. Amsberg a. a. O. dargelegte Entstehungsgeschichte des § 565 erweist die Richtigkeit der vorgetragenen Meinung.]

Der WPr. ist fakultiv, wie jeder Urkundenprozeß.

3. „Ansprüche aus Wechseln" sind: a) Der Anspruch des Wechselinhabers auf Zahlung der Wechselsumme oder der Regreßsumme (WO. Art. 23, 49—52, 98); b) der Anspruch des Wechselinhabers auf Sicherstellung (WO. Art. 26, 29); c) der Anspruch des Nehmers der Sekunda gegen den Verwahrer der zum Accept versandten Prima auf deren Herausgabe (WO. Art. 68 Abs. 2); d) der Anspruch des legitimierten Inhabers der girierten Wechselkopie gegen den Verwahrer des Originalwechsels auf dessen Herausgabe (WO. Art. 72 Abs. 2 und 98 Nr. 8); e) der nach Beginn des Amortisationsverfahrens erhobene Anspruch des Wechseleigentümers gegen den Acceptanten auf Zahlung gegen Sicherheit oder Depotition der Wechselsumme (WO. Art. 73, 98 Nr. 9). [Vgl. Sydow a. a. O. S. 473 f. Teilweise a. M. Stein a. a. O. S. 202].

Dagegen gehören nicht hierher: a) der Anspruch des Vormanns gegen den Nachmann auf Schadensersatz nach WO. Art. 45; b) der Anspruch des Wechselschuldners auf Auslieferung von Wechsel und Protest gegen Erstattung der Wechselsumme nach WO. Art. 48; c) die Schadensersatzforderung des Honoraten gegen den Ehrenacceptanten nach Art. 58 der WO.; d) die Forderung des Ehrenacceptanten, der nicht zur Zahlung gelangt, gegen den Zahlenden auf ⅓ pCt. Provision nach WO. Art. 63; e) der Anspruch auf Herausgabe des Wechsels gegen den nach Wechselrecht legitimierten Besitzer nach WO. Art. 74; f) die Bereicherungsklage des Inhabers gegen den Aussteller und Acceptanten nach WO. Art. 83. [Die Gründe dafür, daß diese Ansprüche nicht Ansprüche aus Wechseln sind, s. bei Sydow a. a. O. S. 474.]

4. „Wechsel im Sinne der WO." — s. WO. Art. 4—7, 96, 98 Nr. 1. Da ausländische Wechsel, die zwar nicht den Erfordernissen der WO., wohl aber den Erforder-

Digitized by Google

nissen des Ausstellungsorts entsprechen, in der WO. Art. 85 als Wechsel auch im Inlande respektiert werden, so müssen wechselmäßige Ansprüche daraus sich zum WPr. eignen. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 190 bei N. 12, Stein a. a. O. S. 204, RG. 28. März 1883 Entsch. IX Nr. 123 S. 437. AM. Petersen (2) S. 820, Endemann II S. 560, Sydow a. a. O. S. 470 ff.] Auf kaufmännische Anweisungen ist der WPr. nicht anwendbar.

5. Gegen Ansprüche aus Wechseln können auch im Nachverfahren nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die nach dem materiellen Wechselrechte zulässig sind. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 190 f. bei N. 14, Dernburg pr. PR. II § 280.]

6. Wechselsachen sind Feriensachen (GVG. § 202). Wegen Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen s. GVG. § 101 Nr. 2.

§ 566.

Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gerichte angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Mot. S. 355, 356. KPr. S. 281, 560.

1. „Wechselklagen" — vgl. Bem. Nr. 3 zu § 565.

2. Der Zahlungsort bestimmt sich nach WO. Art. 4 Nr. 8, Art. 97. Der Erfüllungsort kann für einzelne Verpflichtete davon verschieden sein (WO. Art. 41). Auch für Ansprüche aus Art. 68 Abs. 2 und 72 der WO. ist der Gerichtsstand des Zahlungsorts möglich. — Ist ein Wechsel „zahlbar aller Orten", so kann der Acceptant des gezogenen und der Aussteller des eigenen Wechsels bei jedem Gerichte verklagt werden, in dessen Bezirke er angetroffen wird; aber anderen Wechselverpflichteten gegenüber ist ein Gerichtsstand des Zahlungsorts nicht vorhanden [Sydow a. a. O. S. 478].

3. „Allgemeiner Gerichtsstand" — s. §§ 12—20. — Außer den Gerichtsständen des § 566 stehen auch die besonderen Gerichtsstände der §§ 21—24, 28 Abs. 2, 30, 31 zur Wahrung des Klägers.

4. Zu Abs. 2: Die Besonderheit besteht darin, daß der Kläger unter den allgemeinen Gerichtsständen der mehreren gemeinschaftlich verklagten Wechselverpflichteten die Wahl hat, während bei Nichtwechselklagen die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht erfolgt (§ 36 Nr. 3). — Daß Personen mit Wohnsitz im Auslande unter den mehreren Beklagten sind, thut der Anwendbarkeit des § 566 Abs. 2 nicht Abbruch.

5. Die in § 566 enthaltenen Besonderheiten hinsichtlich des Gerichtsstandes gelten nur für Wechselklagen im Sinne der §§ 565, 567 Abs. 1, also nicht für Ansprüche aus Wechseln, die im ordentlichen oder im Mahnverfahren geltend gemacht werden. Doch dauert der durch Erhebung der Wechselklage begründete Gerichtsstand des § 566 gemäß § 235 Nr. 2 fort, wenn der Kläger gemäß § 559 zum ordentlichen Verfahren übergeht.

Auf Regreßklagen der Wechselbeklagten ist der Gerichtsstand des § 566 nicht ausgedehnt (Mot. S. 356).

§ 567.

Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozesse geklagt werde.

Die Einlassungsfrist beträgt, wenn die Klage am Sitze des Gerichts zu-

Digitized by Google

gestellt wird, mindestens vierundzwanzig Stunden, wenn sie an einem anderen Orte im Bezirke des Gerichts zugestellt wird, mindestens drei Tage; wenn sie an einem anderen deutschen Orte zugestellt wird, mindestens eine Woche.

Mot. S. 356. LPr. S. 281, 560.

1. Zu Abs. 1: Vgl. § 556 nebst der Bemerkung dazu.

2. Zu Abs. 2: Auch die Fristen des § 567 Abs. 2 können noch abgekürzt werden (§ 204). — Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so bestimmt das Gericht auch im WPr. die Einlassungsfrist (§§ 234 Abs. 2, 459 Abs. 2). Bei öffentlicher Zustellung beträgt die normale Einlassungsfrist im WPr. eine Woche (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 469). Die Ladungsfrist ist die gewöhnliche (§ 194). Die Einlassungsfristen des § 567 gelten nicht für die höheren Instanzen (s. Bem. zu § 481).

Digitized by Google

Sechstes Buch.
Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt.
Verfahren in Ehesachen.

1. Die Motive S. 357 ff. bemerken: „Das materielle Eherecht wird durch die CPrO. nicht berührt. Bei der Verschiedenartigkeit desselben in den einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands war es aber erforderlich, die Rechtsstreitigkeiten, welche als Ehesachen gelten sollen, nicht nur im § 568 zu bezeichnen, sondern auch im § 592 durch Definition klar zu stellen. Die Dreiteilung des § 568 ist bereits im StrGB. adoptiert.

1. Die Ehescheidungsklage umfaßt nach der Intention des § 592 die Klagen auf Scheidung dem Bande nach auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett — nach den Grundsätzen des katholischen Eherechts und des französischen Rechts (séparation de corps, Code civ. art. 306—311)*) — und auf Trennung von Tisch und Bett auf Zeit vgl. z. B. sächs. BGB. §§ 1752, 1754, 1755, 1766).

2. Nach dem katholischen und protestantischen Eherechte werden mit der Klage auf Annullation sowohl die impedimenta dirimentia publica als auch die impedimenta dirimentia privata verfolgt. Dasselbe gilt von der demande en nullité du mariage nach dem französischen Rechte (C. c. art. 180—202) und von der Klage auf Ungültigkeit der Ehe nach bad. Rechte (§ 1050). Dagegen unterscheiden das preuß. ALR. und das sächs. BGB. zwischen beiden Fällen. Das preuß. ALR. trennt Nichtigkeit und Ungültigkeit: als nichtig bezeichnet es eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens publicum, als ungültig eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens privatum entgegensteht. Das sächs. Civilgesetz sondert „nichtige“ und „in Folge Anfechtung auf-

*) Nach § 77 des RG. v. 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes ꝛc. kann eine Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett nicht mehr vorkommen; wo nach dem früheren Rechte darauf zu erkennen sein würde, ist die Auflösung des Bandes auszusprechen. Die vor Erlassung des cit. Gesetzes verfaßten Motive erwähnen noch das frühere Recht. In § 592 ist die Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett gestrichen worden. Zu den Ehescheidungsklagen gehört aber auch die Klage, worin gemäß § 77 Abs. 2 des cit. RG. auf Grund einer vor dem Inkrafttreten dies letzteren Gesetzes ausgesprochenen immerwährenden Trennung von Tisch und Bett die Auflösung des Bandes der Ehe beantragt wird. — Über die Frage, ob ein inländisches Gericht die immerwährende Trennung von Tisch und Bett aussprechen kann, wenn die Eheleute Ausländer sind und für die Ehescheidung das eine Trennung von Tisch und Bett zulassende ausländische Recht maßgebend ist, s. RG. 4. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 14 S. 27 und 22. April 1884 XI Nr. 9 S. 29; das RG. nimmt die Zuständigkeit der inländischen Gerichte an, verneint aber die Zulässigkeit eines Urteils auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett und läßt an ihrer statt die Trennung dem Bande nach zu; ebenso Hinschius Komm. z. RG. v. 6. Febr. 1875 3. Aufl. S. 215, Weinrich Ztschr. f. Kirchenrecht XX S. 303. Dagegen Bähr Jahrb. f. Dogm. XXI S. 389 ff. und Friedberg Lehrb. d. Kirchenrechts 3. Aufl. § 159 S. 414 N. 43. Über die Frage, ob die Klage aus § 77 Abs. 2 des cit. RG. auch zulässig ist, wenn ein ausländisches Gericht die Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen hat, s. RG. Entsch. XXXII Nr. 3 S. 17 (verneinend).

Digitized by Google

hebbare Ehen": nichtig nennt dasselbe Ehen, „welchen absolute Ehehindernisse entgegenstehen", infolge Anfechtung aufhebbare Ehen, „welche gegen relative Ehehindernisse geschlossen sind" (vgl. §§ 1621, 1623—1626, 1628, 1629 und die Motive zu § 1626).

Da dem Wesen nach unter den hervorgehobenen Rechten volle Übereinstimmung herrscht, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, im Interesse der Ökonomie des Gesetzbuchs eine gemeinsame Terminologie aufzustellen. Bei dem räumlichen Umfange des Geltungsgebietes des preuß. Rechts empfahl es sich nach dem Vorgange des StrGB., die Terminologie des ALR. zu wählen und dementsprechend zwischen Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklagen zu unterscheiden. Die Definition der Nichtigkeitsklage, wie sie im § 592 des Gesetzes gegeben ist, ergreift auch die Anfechtung einer Ehe wegen Clandestinität nach franz. Rechte (Code civ. art. 191, 187, 190) und wegen Eheverfänglichkeit nach bad. Rechte (bad. LR. I Kap. 4 Satz 191).

3. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (preuß. Gesetz vom 1. März 1869 § 1) — von Baden § 1053 als Antrag auf Fortsetzung der Ehe, von dem sächs. Entw. § 930 Nr. 2 als Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet — hat sich in vollem Umfange nur in denjenigen Rechtsgebieten entwickeln können, in welchen die malitiosa desertio auf den Fall einer Entweichung an einen unbekannten oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Orte beschränkt ist. Wo sich dagegen die Scheidung wegen Quasidesertion [vgl. Richter Kirchenrecht 8. Aufl. herausg. v. Dove und Kahl S. 1178 ff. bes. S. 1181, 1185 f., Meyer Lehrb. des d. KR. Ed. III S. 646] ausgebildet hat, erscheint die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht als Gegenstand einer selbständigen Klage, sondern als Zweck einer der Scheidungsklage wegen Desertion vorangehenden Verfahrens oder als Bestandteil des Desertionsprozesses selbst. An diesen Gestaltungen soll durch das Gesetz nichts geändert werden; das Gesetz beabsichtigt nicht, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war; es bestimmt nur, daß sie in den Rechtsgebieten, in welchen sie besteht, als Ehesache behandelt werden soll. Auch ist zur Aufrechthaltung des geltenden Rechts im § 774 Abs. 2 Vorkehrung getroffen, daß die zur Erzwingung einer Handlung im § 774 Abs. 1 gestatteten Maßregeln im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

In den Rechtsgebieten, in denen die Scheidung der Ehe auf Grund gegenseitiger Einwilligung gestattet wird (vgl. z. B. preuß. ALR. II 1 § 716, Code civ. art. 233, 275—294, 297, 305, Code de proc. art. 881, EG. z. bayer. PrO. von 1869 § 69, bad. Ges. v. 28. Mai 1864 § 10), ist für die Herbeiführung der Scheidung ein besonderes Verfahren angeordnet, dessen Zweck dahin geht, durch erschwerende komplizierte Formen dem Mißbrauche entgegenzutreten, welcher mit diesem Scheidungsgrunde getrieben werden kann. Da es bei dem innigen Zusammenhange der fraglichen Formen mit dem materiellen Eherechte nicht möglich war, ohne Schädigung des letzteren eine Übereinstimmung in der Prozedur herzustellen, und da ferner die Prozedur weniger der streitigen als der unstreitigen Gerichtsbarkeit angehört, so mußte das Gesetz von einer gemeinsamen Regelung absehen und sich darauf beschränken, den Fortbestand des in den betreffenden Rechtsgebieten vorgezeichneten Verfahrens durch den Vorbehalt in EG. § 16 Nr. 5 zu sichern.

Der sächs. Entw. § 930 Nr. 1 und 7 rechnet zu den Ehestreitigkeiten auch Streitigkeiten, welche die Erlangung der Einwilligung Dritter zu einer beabsichtigten Ehe oder die Beendigung der Ehe zufolge Todeserklärung des einen Ehegatten zum Gegenstande haben. Die Natur dieser Streitigkeiten fordert kein von den allgemeinen Regeln abweichendes Verfahren (vgl. nordd. Prot. V S. 2213). Dasselbe gilt von den Klagen auf Eingehung einer Ehe, rücksichtlich welcher es nur des Ausschlusses einzelner Zwangsvollstreckungsmaßregeln bedurfte (§ 774 Abs. 2 und § 779 Abs. 2) — oder auf Beseitigung des gegen eine beabsichtigte Ehe erhobenen Einspruchs (la demande en mainlevée de l'opposition Code civ. art. 177, 178).

In Übereinstimmung mit den Vorschriften der neueren Gesetze und Gesetzentwürfe sind die Ehesachen vor die Landgerichte gewiesen (§ 568). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz, insoweit

Digitized by Google

nicht Abweichungen in diesem Gesetze oder in dem GVG. vorgeschrieben sind. Die umfassendsten und eingreifendsten Abweichungen beruhen auf der Erwägung, daß bei der Wichtigkeit der Institution der Ehe der Staat ein Interesse daran hat, daß eine Ehe nicht aus Gründen aufgehoben werde, welche das Gesetz nicht als Aufhebungsgründe anerkennt, und daß umgekehrt eine Ehe nicht von Bestand bleibe, welche das Gesetz für nichtig erklärt. In Ehesachen steht mithin dem freien Willen der Parteien das öffentliche Interesse entgegen. Es mußte daher Vorkehr getroffen werden, um das öffentliche Interesse von dem individuellen Willen einer oder beider Parteien unabhängig zu halten. Demgemäß ist die Dispositionsbefugnis der Parteien beschränkt — durch Verbot der prorogatio fori (§§ 40, 568 Abs. 1), durch Ausschluß der im § 577 zusammengestellten Vorschriften, durch Beseitigung des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten (§ 578) —, die Anordnung und Erzwingung des persönlichen Erscheinens der Parteien gestattet (§ 579), die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei dem Verfahren vorgeschrieben (§§ 569, 586—590), die Vornahme eines Sühneversuchs vor Erhebung der Trennungsklage oder der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 570—573) angeordnet. Erwägungen anderer Art waren für die Vorschriften der §§ 574—576, 587 — über die Zulässigkeit der Klagänderung, die Beschränkung der Klagenkumulation und der Widerklage, den Ausschluß versäumter Klagegründe — sowie für die Vorschrift des § 644 Abs. 2 über die Unzulässigkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen in Ehesachen maßgebend. Auch der Ausschluß der Öffentlichkeit des Verfahrens für Ehesachen, welche durch das GVG. § 171 bestimmt ist, gehört hierher.

Durch das GVG. § 15 Abs. 3 ist ausgesprochen, daß die Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen ohne bürgerliche Wirkung sei."

2. Die Grundlage für die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Ehesachen bildet die preuß. VO. v. 28. Juni 1844. Vgl. auch preuß. Ges. betr. die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ehe- und Verlöbnissachen in der Provinz Hannover vom 1. März 1869; bay. PrO. Art. 655—681 und Verh. der Kammer der Abg. des bay. Landt. 1863/65 Beil.Bd. III Abs. 2 S. 386, 387; nordd. Prot. V S. 2190, 2192—2213, 2277—2279. — In dem Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 sind Änderungen der §§ 568, 575, 576, 577, 581, 582, 587, 592, sowie als Zusätze neue §§ 573a, 575a, 584a, 589a, 591a in Aussicht genommen. Andere geplante Änderungen und Zusätze s. Entw. II e. BGB. Anm. zu §§ 1235, 1236, 1252, 1463, 1466, 1469.

3. Für den Anwalt des klagenden Ehegatten ist eine Spezialvollmacht erforderlich. Auch dürfte sich aus dem im Eheprozesse geltenden Grundsatze der Offizialthätigkeit des Gerichts ergeben, daß das Gericht den Nachweis dieser Bevollmächtigung von Amtswegen zu verlangen hat. Vgl. Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 § 573a. Im Übrigen gilt die Regel des § 84.

4. Die CPrO. bestimmt nichts über die Einwirkung des Todes eines Ehegatten auf die anhängigen Ehesachen. Aus der Unvererblichkeit des Rechtsverhältnisses, worüber in diesen Prozessen entschieden wird, folgt jedoch, daß der Rechtsstreit über eine Ehesache in Ansehung der Hauptsache zu Ende sein muß, wenn einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Endurteils stirbt. Nach dem Tode eines Ehegatten kann die Ehe nicht mehr geschieden, für ungültig oder nichtig erklärt, es kann nicht mehr zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt werden. Nur Nachwirkungen der Ehe können noch in Frage kommen. Diese sind aber nicht Gegenstand des Eheprozesses. [Vgl. hierzu preuß. ALR. II 1 §§ 42, 43; Entw. e. BGB. § 1256, Mot. IV S. 63, Entw. e. EG. z. BGB. § 584a, RG. 24. Sept. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 64 S. 290. AM. RG. 21. Juni 1882 Entsch. IX Nr. 51 S. 212 ff.] Von den Erben des verstorbenen Ehegatten kann sonach der Prozeß nur in Ansehung der Kosten fortgesetzt werden. Darüber, wie nach Erledigung der Hauptsache über die Kosten zu entscheiden ist, vgl. Bem. Nr. 4 zu § 94.

Digitized by Google

§ 568.

Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.

Mot. S. 360. KPr. S. 281, 595.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die im § 568 Abs. 1 aufgeführten Klagen müssen sowohl von dem Ehemanne als auch von der Ehefrau bei dem Landgerichte erhoben werden, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wie die §§ 13 und 18 ergeben, bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand des Ehemanns nach seinem Wohnsitze — ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befindet —, wenn ein Wohnsitz nicht besteht, nach seinem Aufenthaltsorte in Deutschland, und wenn ein solcher Aufenthaltsort nicht bekannt ist, nach seinem letzten Wohnsitze — wieder ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befunden hat." [Vgl. Wach I S. 472, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 283.]

Ob die Frau den Gerichtsstand des Mannes teilt oder einen selbständigen Gerichtsstand hat (was möglich ist, wenn der Mann keinen Wohnsitz hat), ist einerlei.

Abs. 1 gilt auch für Ausländer, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben. [Vgl. Gaupp II S. 199 bei N. 5, RG. 4. Jan. 1881 Entsch. III Nr. 14 S. 32.]

2. Zu Abs. 2: Wenn ein Ehemann, der Angehöriger des Deutschen Reiches ist, seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz im Auslande (einschließlich der Schutzgebiete, vgl. Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 207 f. u. v. Stengel d. Deutschen Schutzgebiete 1889 S. 172) hat, so ergiebt Abs. 1 keinen inländischen Gerichtsstand für Ehesachen. Für Klagen des Mannes gegen die Frau besteht auch kein Bedürfnis danach; denn der Mann kann seinen Wohnsitz in das Inland verlegen und sich so, wenn er will, einen inländischen Gerichtsstand schaffen. Das kann aber die Frau nicht. Um die Frau nicht auf den nach Umständen schwer erreichbaren Rechtsschutz des Auslandes zu verweisen, schafft Abs. 2 für ihre Klagen (nicht auch für die Klagen des Staatsanwalts) gegen den Ehemann einen besonderen Gerichtsstand bei dem Landgerichte des letzten Wohnsitzes des Ehemanns im Deutschen Reiche. Dieser Gerichtsstand gilt für alle Klagen der Frau in „Ehesachen" im Sinne des Abs. 1, nicht bloß für Klagen wegen Desertion [RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 400]. Daß der Ehemann seine Frau verlassen hat, ist notwendig zur Begründung dieses Gerichtsstandes, muß aber nicht Klagegrund sein. Einerlei ist, ob der Ehemann seine Frau im Inlande oder im Auslande verlassen hat; einerlei, ob er sie vor oder nach Verlegung seines Wohnsitzes in das Ausland verlassen hat. Der Gerichtsstand des Abs. 2 ist nicht bloß in dem Falle gegeben, wenn der Beklagte als Ehemann der Klägerin seinen Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt hat, sondern auch dann, wenn der Beklagte schon vor der Eheschließung seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt hatte. Jede engere Auslegung trägt in das Gesetz eine Beschränkung hinein, die dem Gesetzestexte widerstreitet. [Vgl. die durchschlagende Begründung des cit. U. Entsch. IX S. 395 ff.] Der Gerichtsstand des Abs. 2 ist auch dann begründet, wenn der Mann während der Trennung vom Tisch und Bett seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt hat [OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 73]. Erforderlich ist, daß der Ehemann zu der Zeit, als er seine Frau verließ, Deutscher

Digitized by Google

d. i. Reichsangehöriger, war; nicht, daß diese Staatsangehörigkeit zur Zeit der Klagerhebung noch bestehe. Ob die Ehefrau sich im Inlande oder im Auslande befindet, darauf kommt nichts an.

§ 569.

In Ehesachen ist die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt.

Der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte sowie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann der Staatsanwalt beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntnis zu setzen.

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechthaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Im Sitzungsprotokolle ist der Name des Staatsanwalts anzugeben, auch sind in dasselbe die von dem Staatsanwalte gestellten Anträge aufzunehmen.

Mot. S. 360—362. KPr. S. 281—286, 595—599, 711, 723—725. Prot. d. 16sten Sitz. S. 8.

1. Litteratur: Barazetti Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen Bad. Ann. XLIX S. 361 ff., 379 ff.

2. Zu Abs. 1: Nach den Entwürfen war die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft obligatorisch. Die JK. d. RT. wollte die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen ganz beseitigen. Der Bundesrat beanstandete aber diesen Beschluß. Darauf wurde die fakultative Mitwirkung der Staatsanwaltschaft beschlossen.

Die Motive bemerken: „Die Stellung einer Partei ist dem StA. nur in Rechtsstreitigkeiten eingeräumt, welche die Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstand haben. In den übrigen Ehesachen ist seine Mitwirkung darauf beschränkt, die Funktionen eines defensor matrimonii den Parteien gegenüber wahrzunehmen. . . . . Die generellen Vorschriften des § 569 kommen auch auf die Nichtigkeitsklage zur Anwendung, insoweit nicht abweichende Bestimmungen in dem Gesetzbuche enthalten sind."

Rechtsmittel kann der StA. nur bei der Nichtigkeitsklage (§ 585) einlegen.

3. Zu Abs. 2: Von allen Terminen zur Verhandlung oder zur Beweisaufnahme ist der StA. zu benachrichtigen. Die Unterlassung begründet die Revision, wenn das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruht, was aber kaum jemals anzunehmen sein wird.

4. Zu Abs. 3: Die Motive bemerken: „Der StA. hat die Ermittelung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern. Er ist daher befugt, Informationen über die wahre Sachlage einzuziehen und das Resultat dem Gerichte zu unterbreiten; sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, kann er nach § 569 Abs. 3 neue Thatsachen und Beweise vorbringen. Der Beurteilung des Gerichts unterliegt es, ob das von dem Staatsanwalte vorgelegte Material von Erheblichkeit sei und ob die von demselben angeregte Beweisaufnahme zu erfolgen habe (norddt. Prot. V S. 2196)."

5. Für Anträge des StA. gilt der § 269 nicht. Die Anträge sind in das Protokoll aufzunehmen, können aber auch als Anlagen beigefügt werden. Bringt der StA. neues vor, so wäre die Sache nicht vollständig erörtert und deshalb der Schluß der Verhandlung gesetzwidrig (§ 127), wenn nicht den Parteien das Wort zur Äußerung gewährt würde. Aber die Parteien haben nicht, wie nach StrPO. § 257 Abs. 2 der Angeklagte, unter allen Umständen das letzte Wort (vgl. norddt. Prot. S. 2196, norddt. Entw. S. 1077).

6. Nach GVG. § 137 in der Fass. d. RG. vom 17. März 1886 (RGBl. 61) ist vor der Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum oder die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in Ehesachen der Ober-Reichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören.

Digitized by Google

§ 570.

Der Vorsitzende darf den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den nachfolgenden Vorschriften über den Sühneversuch genügt ist.

Mot. S. 362—364. KPr. S. 386, 599.

1. Für Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklagen ist der Sühneversuch nicht vorgeschrieben. — Ist in einem Falle, in dem nach § 570 vgl. mit § 573 der Sühneversuch vorgeschrieben ist, der Termin zur mündlichen Verhandlung über die Klage ohne vorgängigen Sühneversuch bestimmt und die Klageschrift zugestellt worden, so ist die Klage als nicht ordnungsmäßig erhoben durch absolutio ab instantia abzuweisen. Der Mangel des Sühneversuchs ist von Amtswegen zu beachten. Folglich kann auch das Recht des Beklagten, den Mangel zu rügen, nicht nach § 267 ausgeschlossen werden. [Vgl. RG. 24. Nov. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 119. Abw. Gaupp II S. 203.] Wohl aber kann der Mangel eines der Klagerhebung *vorangehenden* Sühneversuchs dadurch gehoben werden, daß nachträglich auf Antrag des Klägers ein mißlungener Sühneversuch vor dem zuständigen Amtsgerichte stattfindet. [Vgl. RG. a. a. O. S. 119 f.] Nach Erhebung der Klage kann das Prozeßgericht nicht bloß in den Fällen der Scheidungsklage und der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, sondern auch in dem Falle der Ungültigkeitsklage die Sühne versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen (§ 268). Im Falle der Nichtigkeitsklage ist kein Vergleich möglich, weil die Nichtigkeit einer Ehe durch Parteiverfügung nicht gehoben werden kann.

2. Eine Vorprüfung der Erheblichkeit der zur Begründung der Klage geltend gemachten Thatsachen oder der Zuständigkeit des Gerichts findet nicht statt (Mot. S. 364).

§ 571.

Der Kläger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Anberaumung eines Sühnetermins zu beantragen und zu diesem Termine den Beklagten zu laden.

Durch die Zustellung der Ladung wird die Verjährung unterbrochen.

Mot. S. 363. KPr. S. 286—288, 559.

1. Wegen des allgemeinen Gerichtsstandes s. Bem. Nr. 1, 2 zu § 568. Zuständig ist das Amtsgericht, vor dem der Ehemann *zur Zeit des Antrags* auf Anberaumung des Termins seinen allgemeinen Gerichtsstand hat [RG. 15. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 77 S. 365].

2. Ladung nach §§ 191 ff. Sie muß den Zweck des Termins ersichtlich machen. Die Angabe des Klagegrundes ist nicht vorgeschrieben, aber wegen § 571 Abs. 2 angezeigt um die Unterbrechung der Verjährung sicher zu stellen. Kein Anwaltszwang; daher Vermittelung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber. Wurde die Ladung dem Kläger als Ersatzmann der beklagten Partei zugestellt (vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu § 166), und das zugestellte Schriftstück absichtlich der beklagten Partei vorenthalten, so liegt kein dem § 570 genügender Sühneversuch vor [RG. 24. Nov. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 119].

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 21, 23 in der Fassung des RG. v. 23. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 57 Abs. 1, 13 Nr. 3. Das Armenrecht kann dazu bewilligt werden.

4. Durch preuß. JMV. v. 27. Aug. 1879 (JMBl. S. 260) ist den preuß. Amtsgerichten empfohlen, wenn eine der Parteien der evang. Kirche angehört, von dem Sühnetermine dem evang. Pfarrer Nachricht zu geben. Ebenso in Sachsen durch Verordn. v.

Digitized by Google

1. Okt. 1879 (G. u. VBl. S. 215). Die Zuziehung des Pfarrers ist dem Gesetze nicht entgegen.

5. Die Bestimmung des Abs. 2 gilt nur für die Fälle, wo der Sühneversuch geboten ist, also nicht für Klagen auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe [RG. 10. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1008].

§ 572.

Die Parteien müssen in dem Sühnetermine persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden.

Erscheint der Kläger oder erscheinen beide Parteien in dem Sühnetermine nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen.

Mot. S. 362. KPr. S. 288, 289, 599, 600.

1. „Beistände" — s. § 86. Auch Anwälte können zurückgewiesen werden.

2. „Verliert — ihre Wirkung". Die nach § 571 Abs. 2 eingetretene Unterbrechung der Verjährung gilt als nicht geschehen. Der Kläger muß wieder zu einem Sühnetermine laden, bevor er einen Verhandlungstermin erlangen kann.

3. Gelingt in dem Termine die Sühne, so ist der Vergleich zu Protokoll festzustellen (§ 146 Nr. 1). Mißlingt der Sühneversuch oder ist er wegen Ausbleibens des Beklagten als mißlungen anzusehen, so ist darüber gleichfalls ein Protokoll aufzunehmen (§§ 145, 146 Abs. 1, 151). Abschrift dieses Protokolls hat der Kläger der Klage beizulegen.

4. Zwangsmittel, um die Parteien zum Erscheinen zu nötigen, sind im Gesetze nicht vorgesehen (Mot. S. 363).

§ 573.

Der Sühneversuch ist nicht erforderlich, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande ist, wenn dem Sühneversuche ein anderes schwer zu beseitigendes Hindernis entgegensteht, welches von dem Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist.

Über das Vorhandensein dieser Voraussetzungen entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

Mot. S. 363. KPr. S. 290, 291, 600.

1. „Ausland" — darunter fallen hier auch die deutschen Schutzgebiete; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 568.

2. „Ein anderes — Hindernis", z. B. Krankheit einer Partei.

3. „Oder wenn — vorauszusehen ist", z. B. bei flagrantem Ehebruche.

4. Zu Abs. 2: Wird der Vorsitzende ohne Sühneversuch angegangen, einen Termin zur Verhandlung zu bestimmen, so sind ihm bei Einreichung der Klageschrift die Gründe darzulegen, aus denen der Kläger den Sühneversuch für entbehrlich hält. Gegen die das Gesuch abweisende Entscheidung ist Beschwerde zulässig (§ 530); die bewilligende Entscheidung ist nicht anfechtbar und unterliegt auch nicht der Beurteilung des Prozeßgerichts. Dieses kann die Klage nicht abweisen, weil die Dispensation mit Unrecht erteilt wurde, wohl aber kann es nach § 268 die Sühne selbst versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftr. oder ers. Richter verweisen. [Vgl. RG. 23. Febr. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 1178, 15. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 77 S. 364.] Ein nach-

Digitized by Google

träglicher Sühneversuch ist insbesondere dann am Platze, wenn im Laufe des Prozesses die Umstände, derentwegen der vorgängige Sühneversuch unterblieb, sich geändert haben. (Vgl. Mot. S. 363.)

Unter dem „Vorsitzenden des Landgerichts" ist der Vorsitzende der betreffenden Kammer, nicht der Präsident des Landgerichts zu verstehen.

§ 574.

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig.

Mot. S. 364 f. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. Die §§ 574 Abs. 1, 575 Abs. 1 und 576 bezwecken, der Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten und die Erneuerung erfolglos gebliebener Eheprozesse auf Grund von Thatsachen auszuschließen, die schon deswegen Verdacht erwecken, weil sie in dem früheren Prozesse zurückgehalten worden sind (Mot. S. 364).

2. Zu Abs. 1: a) Die Vorschrift bezieht sich auf alle Klagen und Widerklagen in Ehesachen und gewinnt erhöhte Bedeutung durch § 576. Es können nicht bloß neue zur Begründung des Klagantrags diensame Thatsachen — z. B. neue Scheidungsgründe zur Scheidungsklage — vorgebracht, sondern es kann auch von einer Klage in Ehesachen zu einer anderen — z. B. von der Ungültigkeits- zur Scheidungsklage oder umgekehrt — übergegangen, es kann mit einer solchen Klage nachträglich die andere verbunden werden; denn Scheidbarkeit, Ungültigkeit, Nichtigkeit der Ehe sind die Klagegründe der verschiedenen Klagen in Ehesachen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 g. E., Gaupp II S. 206, OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 274, OLG. Braunschweig eod. Nr. 275. AM. Wilm. Levy N. 1, RG. 9. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 84 S. 354.] Die Änderung ist gestattet ohne Rücksicht darauf, ob das neu Vorgebrachte schon vor der Klagerhebung dem Kläger bekannt war oder nicht (vgl. nordd. Prot. V S. 2000).

b) Die Vorschrift gilt auch für die Berufungsinstanz. Der preuß. Entw. § 867 sagte dies ausdrücklich. Im nordd. Entw. und in den späteren Entwürfen wurde diese Bestimmung nicht wiederholt. Die nordd. Komm. hatte jedoch beschlossen, daß die Geltendmachung neuer Ehescheidungsgründe im Laufe desselben Prozesses nicht als Klagänderung gelten solle und daß neue Thatsachen in erster und zweiter Instanz ohne Einschränkung nachträglich angeführt werden dürfen (nordd. Prot. V S. 2200). Hiernach kann die Aufnahme einer dem preuß. Entw. § 867 entsprechenden Vorschrift in den nordd. Entw. nur deswegen unterblieben sein, weil man der Ansicht war, daß die für das Verfahren in Ehesachen erlassenen besonderen Vorschriften eo ipso auch für die Berufungsinstanz gelten. In der JK. d. RT. wurde die Ansicht, daß nach der CPrO. neue Scheidungsgründe ꝛc. noch in zweiter Instanz geltend gemacht werden können, von dem Reg.Kommissar wiederholt vertreten (KPr. S. 291, 292, 601, 602), ohne daß widersprochen wurde. [Vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 144, N. 183, Barazetti Berufung S. 110, RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 98 S. 351, 9. Jan. 1883 SA. XXXVIII Nr. 189, 9. März 1883 eod. Nr. 364, 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393, 9. Mai 1884 XI Nr. 83 S. 354, 5. Apr. 1886 XV Nr. 68 S. 289, 19. Nov. 1889 XXV Nr. 72 S. 339, 1. Dez. 1890 XXVII Nr. 96 S. 375; bay. ob. LG. SA. XXXVII Nr. 352 und XLVIII Nr. 185, OLG. Braunschweig XXXVII Nr. 275, OLG. Karlsruhe eod. Nr. 353, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI

Digitized by Google

S. 512.] Sind in der Berufungsinstanz neue Klagegründe zulässig, so muß auch eine Veränderung des Klagantrags, also z. B. Antrag auf Ungültigkeitserklärung, während in erster Instanz die Scheidung beantragt war, zulässig sein; denn das Verbot, neue Ansprüche in der Berufungsinstanz zu erheben (§ 491 Abs. 2), steht in innigem Zusammenhange mit dem Verbote der Klagänderung (§ 489); greift dieses nicht Platz, so ist nicht abzusehen, warum jenes gelten sollte; die Klagänderung wäre häufig nutzlos ohne die Befugnis, die Anträge dem neuen Klagegrunde gemäß umzugestalten. [Vgl. Gaupp II S. 206 f. bei N. 4. AM. Wilm. Levy N. 1, RG. 9. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 83 S. 351 und 4. Juni 1889 Entsch. XXIII Nr. 74 S. 334.] Mit der Zulässigkeit neuer Anträge stimmt auch, daß in zweiter Instanz noch Widerklage zulässig ist (s. Bem. Nr. 1 zu § 575). — Übrigens cessiert die Befugnis zur Klagänderung in zweiter Instanz und damit auch die Befugnis zu neuen Anträgen, wenn ein rechtskräftiges bedingtes Endurteil der ersten Instanz vorliegt, weil das bedingte Endurteil überhaupt alles neue Vorbringen ausschließt.

3. Zu Abs. 2 bemerken die Motive: „Die Vorschrift ist eine Konsequenz des dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedankens, daß durch die Erhebung einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage alle causae separationis als in iudicium deduziert anzusehen sind. Der Sühneversuch erstreckt sich daher auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität. Einer Wiederholung desselben kann es mithin nicht bedürfen, wenn im Laufe des Rechtsstreits neue Klagegründe geltend gemacht oder Widerklagen erhoben werden. Es war notwendig, diese Folgerung in dem Gesetze ausdrücklich auszusprechen, da der Mangel einer derartigen Bestimmung in der preuß. VO. v. 28. Juni 1844 der Judikatur die größten Schwierigkeiten geschaffen hat (vgl. Korn in Behrends Zeitschrift ꝛc. Bd. IV S. 40 ff.)."

§ 575.

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Ungültigkeitsklage können verbunden werden.

Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft.

Mot. S. 364 f. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 574. Die Zulassung der Verbindung der hier bezeichneten Klagen im Gegensatze zu den Verboten der Verbindung in Abs. 2 und in § 587 gewinnt erhöhte Bedeutung durch § 576. Die Verbindung ist möglich bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, worauf das Urteil ergeht (§ 574). Sie kann auch in der Berufungsinstanz stattfinden [OLG. Rostock SA. XLIX Nr. 290]; vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 574. Auch die Erhebung einer Widerklage ist noch in der Berufungsinstanz gestattet. Der preuß. Entw. § 867 hatte dies ausdrücklich ausgesprochen. In der nordd. Proz.Komm. wurde nach Prot. Bd. V S. 2201 von keiner Seite bezweifelt, daß die Widerklage noch in der Berufungsinstanz zulässig sei. In diesem Sinne muß daher § 1087 Abs. 2 des nordd. Entw. verstanden werden. Die Änderung, die der Entw. I § 525 gegenüber dem nordd. Entw. brachte, war nur redaktionell. Aber auch der Entw. II §§ 543, 544 zerlegt nur die Vorschriften des Entw. I § 525 aus redaktionellen Gründen ohne sachliche Änderung. Abgesehen von der Entstehungsgeschichte des § 575 verlangt die Gleichstellung zwischen dem Kläger und dem Beklagten die Zulassung der Widerklage in der Berufungsinstanz. Wenn der Kläger befugt und unter dem Präjudize des § 576 verpflichtet ist, neue Klagegründe und Anträge noch in der Berufungsinstanz nachzubringen, so muß das ebenso für den Beklagten gelten. Auch wird der Zweck der Bestimmungen der §§ 574—576, der Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten, in höherem Maße erreicht, wenn die Widerklage im Berufungsverfahren noch zugelassen wird. [So auch

Digitized by Google

Struckm. Koch N. 1, Gaupp II S. 208 f. bei N. 1, Petersen (2) S. 831, Barazetti Berufung S. 110 f., RG. 28. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 98 S. 351, 14. Juni 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 403 u. SA. XLVIII Nr. 187, 7. Febr. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 176, 12. Juni 1893 (verein. CS.) Sächs. Arch. III S. 511, OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 190 I, OLG. Hamburg eod. Nr. 190 II. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 574, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 127 N. 162.]

Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens einerseits und die Scheidungs- und Ungültigkeitsklage andererseits können zur getrennten Verhandlung (§ 136) verwiesen werden; denn deren Verbindung ist nicht geboten. Dagegen kann das Gericht nicht die Ehescheidungs- und die Ungültigkeitsklage, die verbunden oder als Klage und Widerklage erhoben sind, zur Verhandlung in getrennten Prozessen verweisen, sondern nur die Beschränkung der Verhandlung (§ 137) auf eine der Klagen, und zwar zunächst nur auf die Ungültigkeitsklage, weil die Ungültigkeit für die Scheidung präjudiziell ist, anordnen. Denn die mehreren Klagen werden prozessualisch wie eine Klage behandelt (vgl. die in Bem. Nr. 3 zu § 574 cit. Mot.); ihre Verbindung ist durch § 576 bei Meidung des Ausschlusses geboten; auch könnte die getrennte Verhandlung und Entscheidung zu sachlicher Unzuträglichkeit (Scheidung einer ungültigen Ehe) führen. [Vgl. Gaupp II S. 208 bei N. 7, A. Förster N. 4. AM. die anderen Komment. auf Grund einer ungenauen Äußerung der Mot. S. 364. Zweifelnd RG. Entsch. V Nr. 103 S. 380.]

2. Zu Abs. 2: Der Grund des Verbots ist die Eigenart des Verfahrens in Ehesachen. Auch Klagen, in denen die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, die Ehescheidungsstrafen und Alimentationsansprüche geltend gemacht werden, sind von dem Verbote getroffen [Mot. S. 364, RG. 25. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 43 S. 166. AM. v. Krämel Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 589 ff. und Ztschr. f. d. CPr. IV S. 271]; ebenso Klagen, die den Anspruch auf das Mitnehmen und Erziehen der Kinder betreffen [RG. 7. Febr. 1882 Entsch. VI Nr. 112 S. 370, RG. 14. April 1883 IX Nr. 111 S. 381, OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 385]. Auch die auf eigenmächtige Besitzentziehung gegründete exceptio spolii ist unzulässig [RG. 25. Apr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 35 S. 175]. Wegen einstweiliger Verfügung über die Erziehung der Kinder s. Bem. zu § 584. Der nach dem materiellen Rechte erforderliche Ausspruch über die Schuld des einen oder des anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung oder Untersagung der Wiederverheiratung kann von der Verhandlung und Entscheidung über die Ehescheidungsklage nicht getrennt, er kann also in dem Scheidungsprozesse verlangt und erteilt werden [RG. Entsch. VI Nr. 112 S. 370]. Dagegen kann mit der Ungültigkeitsklage der Antrag, den Gegner für den schuldigen Teil zu erklären (was wegen des preuß. ALR. II 1 §§ 974, 763—765 bedeutsam werden kann), nicht verbunden werden, weil darüber eine selbständige Verhandlung und Entscheidung möglich ist [RG. 1. Juni 1893 Entsch. XXXI Nr. 62 S. 281, 5. Apr. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1004].

Die Unzulässigkeit der Verbindung ist von Amtswegen zu beachten [RG. 25. Okt. 1881 SA. XXXVII Nr. 171]. Über das Verfahren bei unzulässiger Verbindung, s. Bem. Nr. 5 litt. b zu § 232.

§ 576.

Der mit einer Ehescheidungsklage oder einer Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger kann Thatsachen, welche er in dem früheren Rechtsstreite oder welche er durch Verbindung der Klage hätte geltend machen können, als selbständigen Klagegrund nicht mehr geltend machen. Ein Gleiches gilt für

Digitized by Google

den Beklagten in Ansehung der Thatsachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen im stande war.

Mot. S. 364, 365. KPr. S. 291, 292, 601, 602.

1. In dem Entwurfe war nach „Ungültigkeitsklage" noch „oder Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens" eingefügt. Die Worte wurden in der JK. d. RT. gestrichen. Die in § 576 angeordnete Präklusion gilt sonach nicht im Verhältnisse zwischen Scheidungs- und Ungültigkeitsklage einerseits und der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens andererseits [OLG. Stuttgart SA. XLI Nr. 152]. Auf die Nichtigkeitsklage bezieht sich der § 576 überhaupt nicht. — Über die Tendenz des § 576 s. Bem. Nr. 1 zu § 574. Da nach Bem. Nr. 2 zu § 574 und Bem. Nr. 1 zu § 575 andere als die der Klage vorgebrachten Scheidungs- und Ungültigkeitsgründe sowie die in § 575 zugelassenen Klagenverbindungen und Widerklagen auch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden können, so können auch solche Thatsachen, die in der angegebenen Weise in der Berufungsinstanz hätten geltend gemacht werden können, als selbständiger Klagegrund nicht benutzt werden. — „Als selbständiger Klagegrund", d. i. ohne Beifügung eines anderen Klagegrundes. Wird z. B. ein neuer Scheidungsgrund vorgebracht, so können Thatsachen, die in dem früheren Scheidungsprozesse geltend gemacht worden sind oder hätten geltend gemacht werden können, zur Unterstützung der neuen Klage (adminikulierend) vorgebracht werden [KPr. S. 601, 602, RG. 25. Mai 1891 Beitr. z. E. d. TR. XXXV S. 1206]. Malitiosa desertio, die nach Abweisung der früheren Klage fortdauert, kann als neuer Klagegrund durch neue Klage geltend gemacht werden (KPr. S. 292). Die Vorschrift des § 576 ist auch auf Thatsachen anwendbar, die in einer im früheren Prozesse erhobenen, aber zurückgenommenen Widerklage geltend gemacht worden sind; ein bei der Zurücknahme erklärter Vorbehalt ändert hieran nichts [RG. 14. Juli 1881 Entsch. V Nr. 103 S. 378].

2. Weil jeder durch eine der bezeichneten Klagen anhängig gemachte Prozeß alle Scheidungs- und Ungültigkeitsgründe umfaßt, die von den Parteien gegen einander geltend gemacht werden können, so steht jeder Scheidungsklage, Ungültigkeitsklage, Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die vor Beendigung jenes Prozesses selbständig erhoben wird, die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. [Vgl. RG. Entsch. XIX S. 411.] Die Rechtshängigkeit ist von Amtswegen zu beachten; vgl. Bem. Nr. 4, ferner § 581. Die Rechtshängigkeit führt dazu, daß die selbständig erhobene Klage angebrachtermaßen abgewiesen wird. Wenn die Rechtshängigkeit zur Zeit der Erhebung der selbständigen Klage bestand, aber zur Zeit der Urteilsfällung beendigt war, so ist die Klage ebenfalls abzuweisen, es wäre denn, daß die Klage auf einen neuen, durch den früheren Prozeß nicht aufgezehrten Klagegrund, z. B. immer noch fortdauernde malitiosa desertio, gestützt würde. [Vgl. RG. 16. Juni 1887 Entsch. XIX Nr. 81 S. 408.]

3. Die Vorschrift des § 576 bezieht sich nicht auf Thatsachen, die der Kläger oder Beklagte in dem früheren Prozesse bereits kannte, jedoch zu beweisen außer stande war; denn mit Thatsachen, die die Partei nicht erweisen kann, kann sie im Prozesse nichts anfangen; vielmehr läuft die Partei, die eine Klage oder Widerklage auf zur Zeit nicht beweisbare Thatsachen stützt, Gefahr, damit definitiv abgewiesen zu werden. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 65. Unbestimmt RG. Entsch. V Nr. 103 S. 378.] Für Thatsachen, die in einem vor Geltung der CPrO. erledigten Prozesse hätten vorgebracht werden können, gilt § 576 nicht [RG. 21. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 90 S. 337].

4. Die Vorschrift des § 576 ist von Amtswegen zu beachten. [Vgl. RG. Entsch. V S. 378, XIX S. 410.] Die Parteien können nicht vereinbaren, daß Thatsachen, deren

Digitized by Google

Geltendmachung durch § 576 ausgeschlossen ist, geltend gemacht werden dürfen. Auch der von einer Partei im Prozesse erklärte Vorbehalt der späteren Geltendmachung gewisser Thatsachen ist nicht imstande, die Anwendung des § 576 auszuschließen. Ebensowenig kann durch einen im Urteile stehenden ausdrücklichen Vorbehalt die spätere Geltendmachung von Thatsachen, welche nach § 576 ausgeschlossen ist, den Parteien ermöglicht werden. Ein solcher Vorbehalt ist nichts als eine auf Rechtsirrtum beruhende Erklärung des Gerichts; diese kann den Parteien Rechte, die das Gesetz ausschließt, nicht gewähren [RG. 14. Juni 1881 Entsch. V Nr. 103 S. 378].

§ 577.

Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen oder über die Echtheit von Urkunden, die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen, sowie die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkenntnisses, eines gerichtlichen Geständnisses und die Erlassung eines Eides kommen nicht zur Anwendung.

Die Eideszuschiebung und der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sind nicht zulässig, soweit es sich um Thatsachen handelt, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen.

Mot. S. 365, 366. KPr. S. 292, 293, 602.

1. Litteratur: Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 379 ff., Fuld Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 227 ff.

2. Zu Abs. 1: Im Eheprozesse ist den Parteien die Verfügung über den Streitgegenstand, d. i. über die Frage, ob eine Ehe zu scheiden, ungültig, nichtig sei, entzogen. Darum treten die Wirkungen eines Anerkenntnisses nicht ein; das Gericht muß ungeachtet eines Anerkenntnisses prüfen, ob die Klage begründet ist; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 278. Die Vorschriften über die Wirkungen eines gerichtlichen Geständnisses (s. § 261 nebst Bem. Nr. 3) und über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen (§ 129) oder über die Echtheit von Urkunden (§ 404) kommen nicht zur Anwendung; das Gericht muß trotzdem, daß eine Thatsache oder die Echtheit einer Urkunde zugestanden ist, in die Beweiswürdigung eintreten. Dabei kann das Geständnis oder das Nichtbestrittensein als Beweisgrund in Betracht kommen. Dessen Beweiskraft zu würdigen, steht im richterlichen Ermessen. Das Gericht kann auf Grund des Geständnisses oder des Nichtbestrittenseins eine Thatsache als feststehend annehmen; es kann aber auch dem Geständnisse oder dem Nichtbestrittensein gar kein Gewicht beilegen. Ersteres wird in Bezug auf Thatsachen, welche die Aufrechthaltung der Ehe bezwecken, geschehen, letzteres bei Thatsachen, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen (Mot. S. 365 f.), wenn der Verdacht der Kollusion besteht. Natürlich kann das Gericht auch einen Mittelweg einschlagen. — Nicht zur Anwendung kommen die Vorschriften über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen. Das Gericht muß trotz dem Verzichte alle Zeugen, soweit diese nicht aus anderem Grunde unbeeidigt zu vernehmen sind, und alle Sachverständigen beeidigen. — Nicht zur Anwendung kommen ferner die Vorschriften über die Erlassung eines Eides (§ 429 Abs. 1); das Gericht muß trotz der Erlassung den durch ein bedingtes Urteil auferlegten Eid abnehmen. Ebenso, wenn die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet ist, es wäre denn, daß das Gericht auf Grund der geänderten Situation, etwa unter Verwertung der Eideserlassung als Beweisgrund, den Beweisbeschluß zurücknähme und eine

Digitized by Google

andere Entscheidung träfe. Keinesfalls ist die bindende Beweisregel des § 429 Abs. 1 anwendbar. Die Eideserlassung ist ausgeschlossen sowohl bei dem zu- und zurückgeschobenen wie bei dem richterlichen Eide.

3. Zu Abs. 2: Die Entwürfe hatten die Eideszuschiebung und den Editionsantrag unbedingt ausgeschlossen. Zufolge eines Beschlusses der JK. d. RT. ist im Gesetze unzweckmäßigerweise [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 414 ff.] unterschieden zwischen den Thatsachen, die die dauernde oder zeitweilige Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen, und solchen Thatsachen, die zum Zwecke der Aufrechthaltung der Ehe dienlam sind. In Bezug auf Thatsachen der ersteren Art ist die Eideszuschiebung und der Editionsantrag unstatthaft, in Bezug auf Thatsachen der anderen Art dagegen unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig. [Vgl. RG. 14. Dez. 1886 Entsch. XVII Nr. 97 S. 386. Das RG. hat die Eideszuschiebung über die Thatsache des ehebrecherischen Umgangs, die von der Beklagten gegenüber der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zur Verteidigung geltend gemacht wurde, für zulässig erklärt, obwohl die Beklagte diese Thatsache auch zur Begründung einer Widerklage auf Scheidung benutzte. Vgl. ferner RG. 3. Febr. 1890 SA. XLVI 147, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 47 und SA. XLIX Nr. 135.] Soweit die Eideszuschiebung zulässig ist, ist es auch die Zurückschiebung. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 212 bei N. 8, A. Förster N. 3, Birkmeyer a. a. O. S. 417. AM. Petersen (2) S. 835]. Allerdings kann derjenige, welchem der Eid zurückgeschoben ist, durch Eidesweigerung bezüglich einer Thatsache, die er zum Zwecke Aufrechthaltung der Ehe vorbrachte — z. B. Kondonation nach Kenntnis des Ehebruchs — auf die Trennung, Ungültigkeits-, Nichtigkeitserklärung der Ehe hinwirken; aber dies ist nicht zu beanstanden, weil er ja auch seine derartige Behauptung zurücknehmen kann, unbeschadet der sich aus § 581 ergebenden Befugnis des Gerichts, die Thatsache von Amtswegen zu berücksichtigen. — Der Editionsantrag ist unzulässig, soweit durch die vorzulegende Urkunde Thatsachen erwiesen werden wollen, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen; denn das Editionsverfahren der §§ 386—391 ist nur durchführbar, wenn an die Weigerung, die Urkunde vorzulegen oder den Editionseid zu leisten, die im § 392 vorgeschriebenen Folgen geknüpft werden. Zwar bestehen diese Folgen nicht mehr (wie nach den Entwürfen, vgl. Bem. Nr. 1 zu § 392) in der Fiktion des Zugeständnisses der Thatsache, die durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden soll (die Mot. S. 365 sprechen auf Grund des Entwurfs von solcher Fiktion und stimmen daher nicht mehr zu dem Gesetze), und die dem richterlichen Ermessen anheimgegebene Möglichkeit, bei Verweigerung des Editionseides die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit oder den Inhalt der Urkunde als bewiesen anzunehmen, würde auch im Eheprozesse erträglich sein; aber die in § 392 gleichfalls enthaltene Beweisregel, daß die vom Beweisführer beigebrachte Abschrift als richtig angesehen werden müsse, paßt nicht für die Beweisführung über die die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründenden Thatsachen, weil damit dem Gegner die Verfügung über den Beweis solcher Thatsachen eingeräumt wäre.

4. Der richterliche Eid ist ohne Einschränkung zulässig [vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 412]. Die gesetzlichen Folgen der Eidesleistung und -verweigerung (§§ 428, 429 Abs. 2) sind im Eheprozesse nicht ausgeschlossen, müssen daher als anwendbar betrachtet werden. [AM. bezüglich der Verweig. e. zu- od. zurückgeschob. Eides Birkmeyer a. a. O. S. 417. Daß die Anwendung des § 429 Abs. 2 auf diesen Eid nicht mit der Ausschließung der Geständniswirkungen stimmt, ist richtig. Die Unebenheit erklärt sich aus der in Bem. Nr. 3 erwähnten Änderung des Entwurfs und ist nicht von Belang; denn es handelt sich um Thatsachen, die zur Aufrechthaltung der Ehe dienen. Birkmeyers Beweisführung aus

Digitized by Google

§ 578 Abs. 4 widerlegt sich aus Bem. Nr. 5 zu § 578.] — Wegen Verzichts auf die Klage s. Bem. Nr. 5 zu § 277.

§ 578.

Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden.

Der Beklagte ist zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.

Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist nur in dem Falle zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint.

Die Vorschriften dieses Paragraphen finden auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung.

Mot. S. 366, 367. KPr. S. 298, 602.

1. Bei Ausbleiben beider Parteien tritt Ruhe des Verfahrens ein (§ 228). Versäumt der Kläger (Widerkläger) den Termin zur mündlichen Verhandlung, so tritt die Versäumnisfolge des § 295 ein. Modifikation bei der Nichtigkeitsklage s. Bem. Nr. 5 zu § 295. Auch der § 430 findet Anwendung. Bei Versäumnis des Termins durch den Beklagten und Widerbeklagten gelten die Vorschriften des § 296 nicht. Das ist eine Folge der Beschränkungen, die die Dispositionsbefugnis der Parteien in Ehesachen zu Gunsten der Offizialthätigkeit erleidet; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 577.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 20 Nr. 1, GO. s. RA. § 15.

2. Zu Abs. 1: Die doppelte Ladung bildet wie im Falle des § 316 den Ersatz für den Wegfall des Einspruchs.

Die Motive bemerken: „Versäumt der Beklagte auch den neuen Verhandlungstermin, so wird mit der Wirkung verhandelt, daß Verhandlung und Entscheidung als kontradiktorisch angesehen werden, so daß gegen das Urteil nicht der Einspruch, sondern das Rechtsmittel der Berufung zulässig ist. Rücksichtlich des Beweises der zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen wird dementsprechend in derselben Weise verfahren, wie wenn der Beklagte erschienen wäre, aber sich nicht erklärt oder die Erklärung verweigert hätte; das Gericht hat nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob und inwieweit die Kontumaz einen Schluß auf die Wahrheit dieser Thatsachen gestattet, und demgemäß die Aufnahme der von dem Kläger angebotenen Beweise anzuordnen, wenn es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und der Kontumaz die betreffenden Thatsachen nicht für erwiesen erachtet.

Der Beklagte kann in dem ersten Verhandlungstermine erschienen sein, aber spätere Verhandlungstermine versäumen. In diesem Falle unterbleibt die Wiederholung des Termins. [Vgl. RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393.] Die Verhandlung geht in dem versäumten Termine vor sich, weil bei Versäumung späterer Verhandlungstermine das Bedürfnis eines Ersatzes für den Wegfall des Einspruchs um so weniger anerkannt werden kann, als der Staatsanwalt im stande ist, die von dem Beklagten geltend gemachten Verteidigungsmittel weiter zu verfolgen."

Dem Nichterscheinen steht hier nicht das Nichtverhandeln gleich; ist der Beklagte im Termine erschienen, ohne zu verhandeln, so bedarf es keines neuen Termins. Die Wendung „Als nicht erschienen — ist — anzusehen" in § 298 ist abgekürzter Ausdruck für: „Dieselben Versäumnisfolgen, welche bei Nichterscheinen eintreten, treten auch bei Nichtverhandeln ein". Nun treten aber in Ehesachen, abgesehen von Absatz 4 des § 578, gegen

Digitized by Google

den Beklagten keine Versäumnisfolgen ein; folglich ist § 298 nicht anwendbar. [So auch Wilm. Levy N. 1, Petersen (2) S. 836, A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 900. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 213 bei N. 4, Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 436 u. Lehrb. (7) S. 649 N. 16, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. VII S. 108.]

3. Zu Abs. 2: Die Ladung erfolgt nicht von Amtswegen, sondern der Kläger hat zu laden (Mot. S. 366).

4. Zu Abs. 3: Ist der Beklagte durch öffentliche Zustellung (§§ 186 ff.) geladen, aber nicht erschienen, so fällt die zweite Ladung (§ 578 Abs. 1) und die Notwendigkeit der Ladung zu weiteren Terminen (§ 578 Abs. 2) weg; ein Versäumnisurteil aber kann, abgesehen von Abs. 4, gegen den Beklagten auch in diesem Falle nicht erlassen werden.

5. Zu Abs. 4: Die Beschränkung dieser Vorschrift auf den richterlichen Eid paßte zu den Entwürfen, denn nach diesen war die Eideszu- und -zurückschiebung in Ehesachen allgemein ausgeschlossen (s. Bem. Nr. 3 zu § 577). Nach dem Gesetze ist die Eideszu- und -zurückschiebung mit der in Abs. 2 des § 577 enthaltenen Beschränkung möglich; Abs. 4 des § 578 aber blieb unverändert. So ist eine Lücke im Gesetze. Es ist nicht vorgesehen, was geschehen soll, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines zurückgeschobenen Eides bestimmten Termine nicht erscheint. Dem richterlichen Ermessen die Folgen der Versäumung zu überlassen, geht wenigstens dann nicht an, wenn durch bedingtes Urteil auf den Eid erkannt war. Sofort ohne Einspruchsmöglichkeit die Verweigerung und die Folge des § 429 Abs. 2 eintreten zu lassen, das hieße die Kontumazialfolgen im Eheprozeß verstärken. Da das Wort „richterlichen" nur aus Versehen stehen geblieben ist, so dürfte der § 430 gegenüber dem Beklagten auch bei Versäumung des Termins zur Leistung eines zurückgeschobenen Eides anwendbar sein. [Vgl. Gaupp II S. 214. AM. Wilm. Levy N. 4, A. Förster N. 6b, Hellmann Lehrb. S. 900.]

6. Zu Abs. 5: Weil eine Widerklage nicht in Abwesenheit des Widerbeklagten erhoben werden kann (s. Bem. Nr. 5 zu § 33), ist der § 578 nur in dem Falle von Bedeutung, daß die Widerklage in einem früheren Termine in Anwesenheit des Widerbeklagten erhoben wurde und der Widerbeklagte in einem späteren Termine ausbleibt. Daraus ergiebt sich aber, daß die Vorschrift des Abs. 1 über die zweite Ladung auf das Ausbleiben des Widerbeklagten nicht anwendbar ist. Über die Widerklage kann ohne zweite Ladung verhandelt werden. [Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 141 glaubt, daß § 578 auf die Widerklage dann anwendbar sei, wenn der Widerbeklagte im Termine erschienen ist, aber nicht über die Widerklage verhandelt hat. Dagegen s. o. Bem. Nr. 2.]

7. In dem Verfahren vor dem Berufungs- und dem Revisionsgerichte ist keine wiederholte Ladung nötig; denn Abs. 1 des § 578 gebietet die Wiederholung der Ladung nur beim Ausbleiben des Beklagten im ersten Verhandlungstermine nach der Klage [RG. 9. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 116 S. 393, 23. Okt. 1883 SA. XXXIX Nr. 169, OLG. Jena SA. XLII Nr. 78]. Der Abs. 2 des § 578 ist auch in den höheren Instanzen anwendbar, jedoch nur auf die Partei, die in der ersten Instanz beklagte Partei war. Abs. 4 des § 578 findet in der Berufungsinstanz Anwendung beim Ausbleiben des Berufungsbeklagten, soweit dieser in der ersten Instanz Beklagter war; es kann gegen ihn außer dem Falle des § 430 ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden, die Versäumnisfolgen des § 504 Abs. 2 treten gegen ihn nicht ein. Gegen den Berufungsbeklagten, der in der ersten Instanz Kläger war, kann ein Versäumnisurteil auf Grund der Kontumazialfolge des § 504 Abs. 2 erlassen werden [RG. 23. März 1891 Entsch. XXVIII Nr. 92 S. 393 ff.]. Beim Ausbleiben des Berufungsklägers ist die Berufung durch Versäumnisurteil abzuweisen. Für den Fall, daß der Berufungskläger in der ersten Instanz Kläger war, bedarf das

Digitized by Google

keiner Begründung. Daß auch die Berufung der Partei, die in der ersten Instanz Beklagter war, durch Vers.Urt. abzuweisen ist, ergiebt sich trotz dem Abs. 4 des § 578 sowohl daraus, daß bei deren Ausbleiben im Verhandlungstermine keine Berufungsanträge existieren, über die verhandelt werden könnte, als auch daraus, daß der Berufungskläger die von ihm eingelegte Berufung zurücknehmen kann [vgl. RG. 3. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 91 S. 360, OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 154]. In der Revisionsinstanz findet § 578 überhaupt nicht Anwendung; es gelten auch in Ehesachen die allgemeinen Versäumnisfolgen [bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 294]. Ist der Revisionskläger nicht erschienen, so folgt aus den für die Berufungsinstanz entwickelten Gesichtspunkten die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils. Ist der Revisionsbeklagte, der in der ersten Instanz Beklagter war, nicht erschienen, so trifft der Grund des Ausschlusses der Versäumnisfolgen (s. o. Bem. Nr. 1) nicht mehr zu, da sich die Fiktion des Zugeständnisses hier nicht auf die zur Begründung der Klage dienenden Thatsachen beziehen kann; vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 520.

§ 579.

Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalte behaupteten Thatsachen vernehmen.

Ist die zu vernehmende Partei am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert oder hält sie sich in großer Entfernung von dem Sitze desselben auf, so kann die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Gegen die nicht erschienene Partei ist wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

Mot. S. 367. KPr. S. 293, 602, 603, 725.

Abs. 1 stimmt mit § 132 überein. Die Abs. 2 und 3 enthalten Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen. „Ist — verhindert" — vgl. Bem. Nr. 4 zu § 340. — „In großer Entfernung" — vgl. Bem. Nr. 5 zu § 340. — „Wie gegen einen — Zeugen" — s. §§ 345, 346. Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung der Partei angeordnet werden (KPr. S. 603).

§ 580.

Das Gericht kann die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von Amtswegen anordnen, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet.

Auf Grund dieser Bestimmung darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreits nur einmal und höchstens auf ein Jahr angeordnet werden.

Die Aussetzung findet nicht statt, wenn die Ehescheidung auf Grund eines Ehebruchs beantragt ist.

Mot. S. 367, 368. KPr. S. 293—298, 603, 604.

1. § 580 ersetzt die durch die preuß. AG. z. CPrO. § 8 aufgehobenen Bestimmungen des pr. ALR. II 1 §§ 727—730, der AGO. I 40 §§ 45—50, der VO. v. 28. Juni 1844 und des preuß. Ges. v. 1. März 1869 § 26. Vgl. a. preuß. Entw. § 864, nordd. Entw. § 1100, nordd. Prot. V S. 2206, bay. PrO. Art. 670, dann Code civ. art. 259, 260.

Digitized by Google

Ähnliche Zwecke verfolgt die nach einzelnen Landesrechten zulässige zeitweilige Trennung von Tisch und Bett [vgl. Richter Kahl Kirchenr. (8) §§ 286, 287, bes. S. 1174 u. S. 1187]. Da diese aber dem preuß. Rechte [vgl. v. Savigny verm. Schr. V S. 330 ff., 349] und dem franz. Rechte nur als Interimistikum während des Eheprozesses bekannt ist und die CPrO. Eingriffe in das materielle Eherecht vermeiden wollte, so wurde § 580 aufgenommen. Obwohl dieser § für Rechtsgebiete, in denen es eine Klage auf separatio temporaria giebt, kein Bedürfnis ist, so ist er doch auch in diesen Gebieten anwendbar.

2. Die Aussetzung ist in allen Instanzen zulässig. Über deren Wirkung s. § 226. Wegen Aufnahme des Verfahrens s. § 227. Zulässigkeit der Beschwerde s. § 229 und RG. 2. Febr. 1893 Entsch. XXX Nr. 129 S. 416.

3. Abs. 3 ist in der JK. d. RT. eingefügt, weil in diesem Falle die Aussöhnung sich nicht erwarten läßt. Der dem Ehebruche partikularrechtlich gleichgestellte verdächtige Umgang oder dringende Verdacht der verletzten ehelichen Treue ist hier nicht gemeint (KPr. S. 298).

4. Das Gesetz enthält keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren für den Fall, daß die Scheidung wegen böswilliger Verlassung (malitiosa desertio) beantragt wird (vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 61—69, Ges. v. 1. März 1869 §§ 31—35, preuß. Entw. § 875, sächs. Entw. § 967, bay. PrO. Art. 658, nordd. Entw. § 1101).

Die Motive bemerken: „Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer böslichen Verlassung vorliegen, findet nach den Grundsätzen des Gesetzes nicht vor Bestimmung des Verhandlungstermins, sondern erst nach dem Verhandlungstermine selbst statt. Erscheint der Beklagte nicht, so hat das Gericht in Gemäßheit der §§ 577, 578 nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob unter Mitberücksichtigung der Kontumaz auf Grund des von dem Kläger vorgelegten Materials die böswillige Verlassung als festgestellt anzunehmen ist (vgl. nordd. Prot. V S. 2209, 2210). Eine öffentliche Zustellung der Ladung an den Beklagten ist nur nach Maßgabe des § 186 zulässig; die im § 578 Abs. 1 vorgeschriebene Wiederholung des Verhandlungstermins fällt nach § 578 Abs. 3 fort, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist. — Zur Sicherung des materiellen Rechts in betreff der malitiosa desertio und der quasidesertio hat sich das Gesetz veranlaßt gesehen, dem Einführungsgesetze § 16 Nr. 7, 8 einen doppelten Vorbehalt einzufügen und durch den weiteren Vorbehalt im § 16 Nr. 6 das dem preuß. Rechte (ALR. I 2 §§ 615, 685, 709, 801, Verordn. 28. Juni 1844 §§ 63, 64, Ges. v. 1. März 1869 § 32) und dem partikulären Rechte einzelner Rechtsgebiete angehörige, mit der böslichen Verlassung im Zusammenhange stehende Institut der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle zu wahren."

Vgl. a. O. Gräbner Desertion und Quasidesertion (Kolberg 1882).

§ 581.

Zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe kann das Gericht Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amtswegen anordnen. Vor der Entscheidung sind die Parteien zu hören.

KPr. S. 604, 725. Prot. der 168. Sitz. S. 8.

1. § 581 wurde von der JK. d. RT. eingefügt, als in erster Lesung die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei Ehesachen abgelehnt worden war. Obgleich in zweiter Lesung die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft wieder zugelassen war, wurde die Vorschrift des § 581 beibehalten. — Thatsachen, die erst nach Erlassung eines rechtskräftigen bedingten Endurteils liegen, kann das Gericht wegen der Gebundenheit an das bedingte Urteil nicht berücksichtigen [vgl. bay. ob. LG. SA. XL Nr. 325].

Digitized by Google

2. „Vor der Entscheidung" — sc. vor der Entscheidung, die die betreffende Thatsache berücksichtigt oder Beweis anordnet.

§ 582.

Urteile, durch welche auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

KPr. S. 600, 601, 607.

1. § 582 ist von der JK. d. RT. eingefügt, um zu verhüten, daß die Rechtskraft der in § 592 bezeichneten Urteile in der Schwebe bleibe. Die Bestimmungen des Code civ. art. 264—266 werden durch § 582 nicht berührt (KPr. S. 600 f.). Wegen Eintragung der Urteile in das Heiratsregister s. § 55 des RG. über die Beurk. des Personenstandes ꝛc. vom 6. Febr. 1875 und § 14 der Ausf.Verordn. d. Bundesrats v. 22. Juni 1875.

2. Von Amtswegen zuzustellen sind auch Urteile des Berus.- und Rev.Gerichts, und zwar sowohl wenn in der höheren Instanz auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit d. E. erkannt ist, als auch wenn ein Rechtsmittel verworfen wird, das die Änderung eines vorinstanziellen auf Trennung Ungültigkeit oder Nichtigkeit erkennenden Urteils bezweckte. [Vgl. RG. 21. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 111 S. 363, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIII S. 153.] — Bedingte Endurteile, worin die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe von der Leistung oder Verweigerung eines Eides abhängig gemacht wird, sind nicht von Amtswegen zuzustellen [RG. 25. März 1881 Entsch. IV Nr. 110 S. 393]; dagegen ist ein Urteil, worin zwar die Entscheidung über die Schuldfrage von einer Eidesleistung abhängig gemacht, aber auf alle Fälle die Trennung der Ehe in Aussicht genommen wird, von Amtswegen zuzustellen, weil das Urteil trotz seiner inkorrekten Fassung die Trennung bereits ausspricht [RG. 8. Jan. 1894 Entsch. XXXII Nr. 116 S. 417 ff.]. Das Urteil, das nach rechtskräftigem Erkenntnisse auf Scheidung nur noch über die Schuldfrage entscheidet ist nicht von Amtswegen zuzustellen [RG. 15. Mai 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1131].

3. Über die Eröffnung der Rechtsmittelfrist durch die Offizialzustellung s. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477. Die Zustellung der in § 582 bezeichneten Urteile auf Betreiben der Partei macht die Offizialzustellung nicht entbehrlich, hat aber die gewöhnlichen Wirkungen und eröffnet den Lauf der Rechtsmittelfrist. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Fitting Ztschr. f. d. CPr. X S. 15. AM. A. Förster N. 3 und RG. 8. Jan. 1894 Entsch. XXXII Nr. 116 S. 419.] Dagegen eröffnet die Offizialzustellung eines nicht unter § 582 fallenden Urteils nicht den Lauf der Rechtsmittelfrist, weil die Herbeiführung der Rechtskraft in diesen Fällen den Parteien anheim gegeben ist und die Offizialzustellung daher in die Parteirechte eingreift. [RG. 27. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1130 und SA. XL Nr. 38, 15. Mai 1885 Beitr. XXIX S. 1131, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 349.] Vgl. Bem. Nr. 1 litt. b zu § 477.

§ 583.

Die Vorschrift des § 252 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

Mot. S. 312, 368. KPr. S. 298, 604.

Ehesachen vertragen keine provisorische Erledigung. Vgl. §§ 502, 503.

§ 584.

In betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung

Digitized by Google

von Alimenten beantragt, kommen die Bestimmungen der §§ 815—822 zur Anwendung.

KPr. E. 298, 604.

Mit dem Gesuche um eine einstweilige Verfügung, insbesondere um Gestattung der vorläufigen Trennung (das sog. Permittimus) und um Entrichtung von Alimenten während der Dauer des Prozesses, ist die Klage auf separatio temporaria nicht zu verwechseln. — Durch einstweilige Verfügung kann auch bestimmt werden, bei wem die Kinder während des Prozesses bleiben sollen [RG. 1. Nov. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 1162, OLG. Kiel eod. XL Nr. 261, bay. ob. LG. SA. XLII Nr. 1729]. Ob die vorläufige Trennung zu gestatten, ob ein Ehegatte zur Alimentation während des Prozesses verbunden ist und bei wem die Kinder bleiben sollen, ist nach dem materiellen Rechte zu entscheiden. Wegen der Alimentationsverbindlichkeit s. SA. XIII Nr. 271, XI Nr. 156, preuß. ALR. II 1 § 712. Der Ehemann kann durch einstw. Verf. angehalten werden, der klagenden Ehefrau Vorschuß zur Prozeßführung zu gewähren, wenn er nach dem materiellen Rechte dazu verbunden ist [RG. 8. Okt. 1881 Entsch. V Nr. 119 S. 416]. Darüber, ob die Alimentationsverbindlichkeit nach gem. Rechte die Verbindlichkeit zum Kostenvorschusse einschließe, vgl. SA. VIII Nr. 308, XIX Nr. 193, XXIII Nr. 267, XXX Nr. 84, XXXIII Nr. 41, XL Nr. 292. Wegen des franz. Rechts s. Puchelt Ztschr. f. franz. R. XII S. 223. Wegen Vollstreckung einer einstw. Verf. auf Leistung von Kostenvorschuß s. Bem. Nr. 1 zu § 815.

§ 585.

Für die Nichtigkeitsklage gelten die in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschriften.

Mot. E. 369. KPr. E. 298, 604.

Der Begriff Nichtigkeitsklage ergiebt sich aus § 592. Vgl. a. S. 721 f. Außer den besonderen Vorschriften kommen die §§ 568, 569, 574, 577—579, 581—584 sowie die allgemeinen Vorschriften, soweit sie nicht in diesem Abschnitte geändert sind, zur Anwendung. Wegen des Versäumnisurteils gegen den Nichtigkeitskläger s. Bem. Nr. 5 zu § 295.

§ 586.

Die Klage kann auch von der Staatsanwaltschaft erhoben werden. Inwiefern zur Erhebung der Klage ein Ehegatte oder ein Dritter befugt ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die von dem Staatsanwalte oder einem Dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den anderen Ehegatten zu richten.

Mot. E. 369. KPr. E. 298—300, 604, 721.

1. Die Motive bemerken: „Der Staatsanwalt hat in Rechtsstreitigkeiten, welche die Nichtigkeit einer Ehe betreffen, die Rolle einer Partei. Aus dieser Stellung ergeben sich die Vorschriften der §§ 585, 589—591 als notwendige Konsequenzen (vgl. Mot. z. preuß. Entw. S. 215, 316). Daß der Staatsanwalt nicht der Vertretung durch einen bei dem Gerichte zugelassenen Anwalt bedarf, erschien als selbstverständlich und ist daher nicht ausdrücklich ausgesprochen worden." So auch KPr. S. 721.

2. Die Worte „ein Ehegatte oder" wurden in der JK. d. RT. eingefügt (KPr. S. 299 und Beschl. d. Red.Komm. Nr. IX), um klarzustellen, daß Beschränkungen, die etwa das bürgerliche Recht dem Ehegatten in Bezug auf Erhebung der Nichtigkeitsklage auferlegt, aufrecht erhalten bleiben.

Digitized by Google

3. „Ein Dritter" — vgl. preuß. ALR. II 1 § 973, Code civ. art. 184, bay. AG. Art. 93, Entw. I e. BGB. § 1253, Entw. II Anm. zu § 1236 Ziff. I.

4. Die beiden Ehegatten, gegen die die Klage von dem StA. oder einem Dritten erhoben wird, sind Streitgenossen, denen gegenüber das Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann. Auf diese Streitgenossen finden die §§ 59, 434 Anwendung. Die vom StA. oder einem Dritten nur gegen einen Ehegatten erhobene Nichtigkeitsklage ist von Amtswegen abzuweisen. [Vgl. v. Amelunxen notwend. Streitgenossenschaft S. 57.]

§ 587.

Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden. Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Die Motive bemerken: „Die dem StA. in betreff der Nichtigkeitsklage zugewiesene Rolle bedingt, daß das Verfahren sich auf die Verhandlung von Nichtigkeitsgründen beschränke; die Verbindung einer anderen Klage mit der Nichtigkeitsklage oder die Erhebung einer anderen Klage, als welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstande hat, müßte zu unlösbarer Verwirrung führen."

2 Gegen den StA. oder einen Kläger, der nicht Ehegatte ist, kann überhaupt keine Widerklage erhoben werden [vgl. Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 67 N. 79 und S. 123 N. 149].

§ 588.

Solange die Ehegatten leben, kann die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann eine in der gesetzlichen Form geschlossene und nicht geschiedene Ehe nicht als nichtig behandelt werden, bevor auf Grund einer Nichtigkeitsklage ein die Nichtigkeit der Ehe aussprechendes rechtskräftiges Urteil im Eheprozesse erwirkt ist. Taucht in einem anderen Rechtsstreite die Frage der Nichtigkeit einer Ehe als Präjudizialfrage auf, so ist nicht bloß die Inzidentklage und -widerklage unstatthaft, sondern es kann die Nichtigkeit der Ehe auch nicht in den Entscheidungsgründen angenommen werden. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 223 bei N. 3, Petersen (2) S. 845, Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 124 N. 156. Unrichtig Hellmann Komm. II S. 557 u. Lehrb. S. 143, 896.] Ist die Nicht.Klage erhoben, so kann der präjudizierte Prozeß ausgesetzt werden (§ 139). Ist die Nicht.Klage noch nicht erhoben, so kann die Verhandlung vertagt werden, damit inzwischen die Klage erhoben und dann die Aussetzung des präjudizierten Prozesses beschlossen werden kann. Wird von diesen Auskunftsmitteln kein Gebrauch gemacht, so ist in dem präjudizierten Prozesse die Ehe als bestehend zu behandeln. Vgl. Mot. zu Entw. I S. 412. Vgl. ferner Entw. I e. BGB. § 1252, Entw. II § 1235.

2. Auf Ehen, die nicht in der gesetzlichen Form geschlossen sind, findet der § 588 keine Anwendung. Vgl. Mot. z. Entw. I e. BGB. IV S. 57 f.

3. Ob nach dem Tode eines Ehegatten die Nichtigkeit einer Ehe geltend gemacht werden kann und eventuell in welcher Weise sie geltend zu machen ist, ist eine Frage des materiellen Rechts. Vgl. § 36 des RG. v. 6. Febr. 1875, preuß. ALR. II 1 §§ 42 f.

§ 589.

Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den

Digitized by Google

Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständige Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Vgl. Barazetti bad. Ann. XLIX S. 366 ff. — Im Nichtigkeitsprozesse hat der StA. Parteirechte, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat. Betreibt er den Prozeß neben einer Partei, so wird er Streitgenosse, nicht Nebenintervenient. [Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 197.] Über Rechtsmitteleinlegung s. § 590.

2. Der StA. kann sowohl die Nichtigkeitserklärung wie die Aufrechterhaltung der Ehe durch seine Mitwirkung anstreben und beantragen. Rechtsmittel einlegen kann der StA., auch wenn nach seinem Antrage erkannt ist. Wie der StA. Rechtsmittel einlegen kann, so kann er auch die Wiederaufnahmeklagen (§§ 541 ff.) erheben, obwohl diese Klagen nach dem Sprachgebrauche der CPrO. nicht „Rechtsmittel" heißen; denn dieselben Rücksichten auf das öffentliche Interesse am Ehenichtigkeitsprozesse, das dazu führt, dem StA. die Befugnis zur Einlegung von Rechtsmittel zu gewähren, besteht auch für die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage. Die Fristen des § 549 gelten, ebenso wie die Rechtsmittelfristen, auch für den StA., da dieser im Nichtigkeitsprozesse die Rolle einer Partei zu übernehmen hat.

3. Zur Einlegung des Rechtsmittels ist der Staatsanwalt des Rechtsmittelgerichts zuständig; diesem (nicht dem StA. der Vorinstanz) sind auch die Rechtsmittelschriften der anderen Beteiligten zuzustellen. Entsprechend verhält es sich bei der Erhebung der Wiederaufnahmeklage.

§ 590.

Wird ein Rechtsmittel von dem Staatsanwalte oder einer Privatpartei eingelegt, so sind im ersteren Falle die Privatparteien, im letzteren Falle die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt, sofern derselbe Partei ist, für das Rechtsmittelverfahren als die Gegner anzusehen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. Wer ein Rechtsmittel einlegt, wird formell Prozeßgegner aller anderen Beteiligten, auch des beteiligten Staatsanwalts. Diese stehen unter sich im Verhältnisse von Streitgenossen, denen gegenüber der Streit nur einheitlich entschieden werden kann (§ 59). Wegen Zustellung der Rechtsmittelschrift an die Streitgenossen s. Bem. Nr. 5 zu § 479.

2. Die Worte „sofern derselbe Partei ist" beziehen sich nicht bloß auf den Fall des § 586, sondern auch auf den Fall der Beteiligung des StA. am Verfahren der Vorinstanz nach § 589.

3. Werden von mehreren Seiten Rechtsmittel eingelegt, so sind sämtliche andere Beteiligte formell als die Prozeßgegner zu behandeln, was zunächst wegen der Zustellung der Rechtsmittelschrift und wegen des Prozeßbetriebs bedeutsam ist. Sachlich können die Interessen der Parteien, die formell als Prozeßgegner gelten, zusammenfallen.

§ 591.

In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurteilen.

Mot. S. 369. KPr. S. 300, 604.

1. „Als Partei" — vgl. Bem. N. 2 zu § 590. Unterliegt der StA. als Streitgenosse einer Partei (§§ 589, 590), so ist § 95 anwendbar. [So auch Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 196.]

Digitized by Google

2. Siegt der StA. allein oder mit Streitgenossen, so ist der Gegner kostenpflichtig nach allgemeinen Regeln.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 98.

§ 592.

Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Ehescheidungsklage zu verstehen die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe oder auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett; unter Ungültigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus irgend einem Grunde, welcher nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann; unter Nichtigkeitsklage die Klage auf Anfechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann.

Mot. S. 357 f. KPr. S. 300, 604.

Vgl. die in Bem. Nr. 1 vor § 568 cit. Motive und die Note * S. 750.

Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen.

1. Litteratur: Mandry der civilrechtliche Inhalt d. RG. 3. Aufl. S. 32 ff., S. 95 ff., Daude das Entmündigungsverfahren gegen Geisteskranke, Verschwender und Gebrechliche nach der RCPrO. und den deutschen Landesgesetzgebungen (Berlin 1882), Hellmann Lehrbuch S. 901 ff., Utting Bl. f. RA. LII S. 17, 35, 70, 81, 161, 178, 209, LIII S. 49, 65, 97, 113, LIV S. 161, 177, 193 ff., insbesondere die Entmündigung wegen Verschwendung betr. Vgl. a. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 198 ff. und Wach I S. 55 ff., der das Entmündigungsverfahren der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit zuweist. Hiergegen Kohler Forschungen S. 108 ff.

2. Die Motive (S. 369 f.) bemerken: „Die materiellen Voraussetzungen, unter denen Geisteskrankheit und Verschwendung von rechtlichen Folgen begleitet sind, sowie diese Folgen selbst — totale oder partielle Handlungsunfähigkeit, Bevormundung u. s. w. — werden durch das bürgerliche Recht bestimmt. Um aber danach eine Person als geisteskrank oder als Verschwender ihrer bürgerlichen Selbständigkeit zu entkleiden, muß ihr Zustand rechtlich gewiß sein. Der Weg, auf welchem diese Gewißheit geschaffen wird, ist nach der bestehenden Legislation verschieden. Das preußische, französische und württembergische Recht weisen jene Feststellung dem Civilprozesse zu; nach gemeinem und nach anderen Rechten finden sie nicht in den Formen eines Prozesses, sondern nach Art der Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria mixta) statt, indem der Vormundschaftsbehörde überlassen bleibt, sich die erforderliche Überzeugung von der Notwendigkeit einer Bevormundung zu verschaffen (vgl. PrO. v. Oldenburg Art. 372 ff.; v. Arnold das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender, Erlangen 1861, S. 14 ff., Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung ꝛc. in Kurhessen §§ 905 ff., nordd. Prot. V S. 2213)."

Die Entwürfe I, II und III schlossen sich nach dem Vorgange des preuß. Entw. §§ 387 ff. und des nordd. Entw. §§ 1109 ff. der ersten Gruppe an. Die JK. d. RT. war darin mit dem Entwurfe einverstanden, daß für die Erklärung einer Person als geisteskrank oder als Verschwender die Bürgschaft, die in einem nach vorheriger kontradiktorischer Verhandlung erfolgenden gerichtlichen Urteile liegt, zu gewähren sei, nicht aber darin, daß das Verfahren in den strengen Formen des Civilprozesses beginne (Komm.Ber. v. 19. Okt. 1876). Dies sei nicht bloß für die meisten Fälle zu weitläufig und kostspielig, sondern auch der Natur der Sache widersprechend, beeinträchtige namentlich das wahre Interesse des Geisteskranken. Es wurde daher eine Umgestaltung des vorgeschlagenen Verfahrens beschlossen, in der die beiden oben erwähnten Systeme verbunden wurden. Nach diesen Beschlüssen

Digitized by Google

tritt zuerst ein Offizialverfahren des Amtsgerichts ein; bei dessen Beschluß hat es sein Bewenden, soweit dieser nicht, wenn die beantragte Entmündigung abgelehnt wird, durch Beschwerde, wenn die Entmündigung ausgesprochen ist, im Wege der Klage angefochten wird. Für die Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 616—620) ist das Verfahren in analoger Weise gegliedert.

3. Wegen Beschränkung der Öffentlichkeit s. GVG. § 172. Danach ist das auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit eingeleitete Verfahren mit Ausnahme der Vernehmung des Entmündigten öffentlich; doch kann auf Antrag einer Partei die Öffentlichkeit der Verhandlung überhaupt ausgeschlossen werden. Das entsprechende Verfahren betreffs der Entmündigung wegen Verschwendung ist stets öffentlich, soweit nicht der § 173 des GVG. eingreift. Das amtsgerichtliche Offizialverfahren über Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Wiederaufhebung solcher Entmündigung ist nicht öffentlich. Zweifelhaft ist, ob das amtsgerichtliche Verfahren, das die Entmündigung wegen Verschwendung oder die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung betrifft, öffentlich ist. Gegen die Öffentlichkeit dürfte entscheiden, daß dieses Verfahren sich nicht in den Formen des Civilprozesses bewegt und daß darauf der Begriff „Verhandlung (sc. mündliche) vor dem erkennenden Gerichte" (GVG § 170) nicht paßt. [So auch Petersen (2) S. 874, Hellmann Lehrb. S. 912, Arnold Jur. WSchr. 1880 S. 109, Bl. f. RA. XLVII S. 179 ff., 193 f., LII S. 178 ff., 209 ff. AM. Struckm. Koch N. 4 zu GVG. § 172, Wilm. Levy N. 2 zu GVG. § 172, Gaupp II S. 254 bei N. 9, Daude S. 125, Übel Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 470 ff.] Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 1 (i. d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881), 98 Abs. 3; GO. f. RA. § 23.

4. Über das Verhältnis der CPrO. zu der Landesgesetzgebung bemerken die Motive S. 370 f.:

„Die Vorschriften der CPrO. berühren die Frage, ob eine geisteskranke Person seitens der Familie oder der Polizei provisorisch, sei es zum Zwecke der Heilung, sei es zu vorläufiger Unschädlichmachung, in einer Irrenanstalt untergebracht werden darf, in keiner Weise; sie entscheidet sich lediglich nach den Landesgesetzen (vgl. für Preußen: v. Rönne Ergänzungen zur AGO. I 38 § 2 Ed. V Bd. III S. 511 ff.; württemb. Reg.-Bl. 1836 S. 279 u. a.) [Für Bayern vgl. Krais Handb. der inneren Verwaltung II S. 139.]

Nicht minder unberührt bleiben:

1) die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen aus anderen Gründen, z. B. wegen bloßer Imbecillität, Bresthaftigkeit, Taubstummheit und dergl. die Bevormundung selbständiger Personen gestattet ist (vgl. z. B. preuß. ALS. II 18 §§ 15 ff.; nordd. Prot. V S. 2222) [Roth bay. Civilrecht § 105 N. 5—9];

2) die Vorschrift des materiellen französischen Rechts, wonach im Interdiktionsprozesse wegen Geisteskrankheit — an dessen Stelle fernerhin das Entmündigungsverfahren der CPrO. tritt — nach Umständen die bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch das Erfordernis der Zuziehung eines im Urteile ernannten Beistandes für gewisse Geschäfte erkannt werden kann (Code civ. art. 499, nordd. Prot. a. a. O.);

3) die civilrechtlichen Bestimmungen, nach welchen Geisteskranke und Verschwender ohne Rücksicht darauf, ob sie durch richterliches Urteil entmündigt worden, handlungsunfähig sind oder ungeachtet ihrer Entmündigung partiell handlungsfähig bleiben (vgl. l. 6 C. de cur. fur. 5, 70, preuß. ALR. I 1 §§ 29 ff.; I 4 §§ 20 ff.; I 12 §§ 20 ff., 27 ff.; code civ. art. 503 ff., 509; bay. Landrecht I 7 § 37 Nr. 3; v. Arnold a. a. O. S. 50 ff. u. a.).*)

Die dem § 1124 des nordd. Entw. entsprechende Vorschrift des § 10 des EG. ist mit Rücksicht auf das bad. und rheinisch-franz. Recht (code civ. art. 513—515) aufgenommen worden."

*) Abweichend Utting Bl. f. RA. LIV S. 178 ff. mit unstichhaltiger Begründung.

Digitized by Google

Die Wirkung der Entmündigung auf die Handlungsfähigkeit des Entmündigten ist nach dem Landesrechte zu beurteilen. Der Unterschied, den das preuß. ALR. I 1 §§ 27 ff., I 4 §§ 23, 27 zwischen Wahn- und Blödsinnigen macht, besteht also fort. Nach dem Landesrechte ist insbesondere zu beurteilen, ob die Entmündigung wegen Geisteskrankheit den Entmündigten bis zur Wiederaufhebung der Entmündigten geschäftsunfähig macht oder ob der Entmündigte in lichten Zwischenräumen und nach eingetretener Genesung auch ohne Wiederaufhebung der Entmündigung geschäftsfähig ist. [Vgl. Regelsberger Pand. I § 133 S. 485.] — Vgl. auch Entw. I e. BGB. §§ 64, 70, Entw. II §§ 78 Nr. 3, 79, 88.

5. Landesrechtlich ist das Verfahren der CPrO. anwendbar nach württ. Recht auf die Entmündigung Gebrechhafter, Stummer, Ungehöriger [s. Gaupp II S. 227 N. 6]; nach hamb. Vorm.Ordn. v. 1879 Art. 76 Abs. 1 auf die Entmündigung Taubstummer; nach den oldenb. Ausf.Gesetzen z. GVG. f. Oldenburg, Fürst. Lübeck und Birkenfeld Art. 42—48, bezw. 25—31 und 22—28 und nach sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 betr. die Entmündigung teilweise auf die Entmündigung Gebrechlicher und Taubstummer.

6. Der Verzicht auf die Handlungsfähigkeit und die freiwillige Unterwerfung unter eine Vormundschaft ist nach gem. Rechte ohne rechtliche Wirkung [RG. 16. März 1881 Entsch. IV Nr. 47 S. 165, Daube S. 15 N. 19].

7. Im Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 sind Änderungen der §§ 592, 593, 594, 595, 603, 605, 607, 613, 616, 617, 620, 621, 625, 626 der CPrO. in Aussicht genommen. Über diese Vorschläge s. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 477 ff.

§ 593.

Eine Person kann für geisteskrank (wahnsinnig, blödsinnig u. s. w.) nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Mot. S. 370, 371. KPr. S. 300—315, 452, 453, 560.

1. Die Begriffe „wahnsinnig, blödsinnig" sind, obwohl sie von der modernen Psychiatrie als spezifische Bezeichnungen für Zustände des Irrseins verworfen werden, absichtlich hervorgehoben, weil das materielle preuß. Recht einen keineswegs bloß nominellen Unterschied zwischen beiden Arten der Geisteskrankheit macht (ALR. I 1 §§ 27 ff., I 4 §§ 23, 27). Hinsichtlich der prozessualischen Behandlung ist der Unterschied dieser oder anderer Formen von Geisteskrankheit bedeutungslos. Aber der Beschluß hat, wo das materielle Recht zwischen den Folgen der einen oder anderen Form von Krankheit einen Unterschied macht, auszusprechen, wegen welcher Form die Entmündigung erfolgt [vgl. RG. 12. Juli 1886 Entsch. XIV Nr. 55 S. 234]. Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 28, Entw. II § 14 Nr. 1.

2. „Nur durch Beschluß des Amtsgerichts". Die Entmündigung kann weder durch eine Verwaltungs- oder Vormundschaftsbehörde noch durch eine im Laufe des Prozesses erfolgende Entscheidung des Gerichts erfolgen. Nicht ausgeschlossen ist, daß im Laufe eines Prozesses, z. B. wenn es sich um die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder um Ehescheidung handelt, die Thatsache, daß eine Person geisteskrank ist, erwiesen und festgestellt wird. [Vgl. RG. 12. Juli 1886 Entsch. XVI Nr. 55 S. 234, 10. März 1892 XXX Nr. 55 S. 187]. — Gegenstand einer Feststellungsklage (§§ 231, 253) kann die Geisteskrankheit nicht sein, weil sie eine Thatsache ist.

3. „Nur auf Antrag". Ohne Antrag wird die Entmündigung nicht beschlossen. Der Staatsanwalt ist befugt, den Antrag zu stellen (nur wegen Geisteskrankheit, nicht wegen Verschwendung); dadurch ist dem öffentlichen Interesse genügend Rechnung getragen. Das Gesetz bestimmt nichts über die Zurücknahme des Antrags. Es ist bestritten, ob bei

Digitized by Google

Zurücknahme des Antrags das Verfahren eingestellt werden muß. Die gelegentlich der Beratung über die Kosten des Entm.Verfahrens in der JK. d. RT. gefallene Äußerung, „derjenige, welcher den Antrag gestellt habe, könne das Verfahren nicht sistieren", ist umsoweniger entscheidend, als nicht ersichtlich ist, ob diese Ansicht von anderen Kommissionsmitgliedern und den Regierungskommissaren geteilt wurde. Gegen die Einstellung scheint zu sprechen, daß das Verfahren nach der Antragstellung gemäß § 597 als Offizialverfahren konstruiert und daß für den Fall der Zurücknahme nicht die Kostenpflicht des Antragstellers ohne Rücksicht auf Verschulden ausgesprochen ist. Aber keines dieser Argumente schlägt durch; denn die Hemmung eines Offizialverfahrens durch Zurücknahme des Antrags ist durchaus nichts Unlogisches, und eine besondere Bestimmung über die Kostenpflicht des Antragstellers ist mit Rücksicht auf Abs. 2 des § 601 nicht unentbehrlich. Für die Einstellung des Verfahrens spricht, daß in Abs. 2 des § 593 der Antrag als notwendige Voraussetzung für die Erlassung des Beschlusses (nicht für die Eröffnung des Verfahrens) angeführt ist; ferner daß der Kreis der Antragsberechtigten genau bestimmt ist — nicht jedermann ist berechtigt, das Verfahren zu veranlassen, der Antrag ist also nicht bloße Anzeige, auf die hin das Gericht von Amtswegen thätig wird, sondern ein subjektives Prozeßrecht; endlich, daß der Staatsanwalt bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit den Antrag aufnehmen, also die Einstellung verhindern kann, wo immer ein öffentliches Interesse besteht. Bei Entmündigung wegen Verschwendung kann der StA. allerdings nicht eingreifen; aber hier kann durch Landesgesetz der Gemeinde, dem Armenverband ꝛc. das Antragsrecht gewährt werden. Erwägt man noch, daß durch Einfügung des Entmündigungsverfahrens in die CPrO. die civilprozessualische Behandlung nahegelegt ist, und daß im Civilprozesse die Zurücknahme eines Antrags im allgemeinen die gerichtliche Entscheidung über den Antrag hemmt, so dürfte sich das Übergewicht der Gründe auf die Seite der Meinung neigen, daß bei Zurücknahme des Antrags das Verfahren einzustellen ist. [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 597, Wilm. Levy N. 1 zu § 593, Gaupp II S. 230, Petersen (2) S. 850, A. Förster N. 6, Daude S. 35 f., Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 384, Kohler Forschungen S. 111, u. a. AM. Endemann III S. 46, Utting Bl. f. RA. LII S. 36 ff., 70 ff.] Das Verfahren ist auch einzustellen, wenn die Antragsbefugnis des Antragstellers wegfällt, ehe über den Antrag entschieden ist — z. B. der Ehegatte hat den Antrag gestellt, die Ehe wird vor der Beschlußfassung geschieden [vgl. bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 66]. Dagegen hindert der Tod des Antragstellers oder dessen nachträglich eingetretene Handlungsunfähigkeit die Fortsetzung des Verfahrens nicht [vgl. Daude a. a. O. S. 36, Kohler Forschungen S. 111]. Stirbt der zu Entmündigende, so ist das Verfahren zu Ende.

§ 594.

Das Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist ausschließlich zuständig.

Gegen einen Deutschen, welcher seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden.

Mot. S. 371, 372. KPr. S. 311, 453, 560.

1. Zu Abs. 1: „Allgemeiner Gerichtsstand" — s. §§ 12—18. Dadurch, daß der Geisteskranke in einer Irrenanstalt untergebracht wird, verliert er nicht seinen früheren Wohnsitz; wohl aber kann am Orte der Anstalt sein Aufenthalt im Sinne des § 18 und daher sein allgemeiner Gerichtsstand in Ermangelung eines Wohnsitzes sein, denn der Aufenthalt ist etwas thatsächliches, daher nicht bedingt durch Willensfähigkeit. [Vgl. Wilm. Levy

Digitized by Google

N. 1, Gaupp II S. 230 bei N. 2, A. Förster N. 1, OLG. Oldenburg SA. XLVIII Nr. 138. AM. Daude a. a. O. S. 18 ff., Hellmann Lehrb. S. 904.] — Die Zuständigkeit aus § 594 Abs. 1 ist auch gegen einen Ausländer begründet, der im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wegen Entmündigung russischer Staatsangehöriger in Preußen s. Daude S. 38 und A. Förster N. 1 zu § 594.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 568 Abs. 2. Die Eigenschaft eines Deutschen im Zeitpunkte der Antragstellung genügt zur Begründung dieses Gerichtsstandes. — Unter Ausland sind hier auch die deutschen Schutzgebiete zu verstehen [vgl. Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 207].

§ 595.

Der Antrag kann von dem Ehegatten, einem Verwandten, oder dem Vormunde des zu Entmündigenden gestellt werden. Gegen eine Ehefrau kann nur von dem Ehemanne, gegen eine Person, welche unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, nur von dem Vater oder dem Vormunde der Antrag gestellt werden. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen den Antrag stellen können, bleiben unberührt.

In allen Fällen ist auch der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte zur Stellung des Antrags befugt.

Mot. S. 372. KPr. S. 311, 454, 560.

1. Zu Abs. 1 Satz 1: „Von dem Ehegatten", sc. während bestehender Ehe, nicht nach der Scheidung. — „Verwandten" — ohne Unterschied der Grabesnähe; nicht von Verschwägerten. — „Dem Vormunde" — sc. von dem Altersvormunde, dem curator prodigi, dem wegen körperlicher Gebrechen oder Altersschwäche bestellten Kurator, nicht von dem Gegenvormunde, nicht von dem für einzelne Angelegenheiten bestellten curator ad hoc oder dem Pfleger der preuß. Vormundschaftsordnung.

2. Zu Abs. 1 Satz 2: Die Motive bemerken: „Die Zulassung des Entmündigungsantrags wider solche Personen, welche sich bereits in einem juristischen Abhängigkeitsverhältnisse befinden, — wider Ehefrauen, welche unter maritalischer, und Personen, welche unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen — entscheidet eine auf dem Gebiete des preuß. Rechts (vgl. von Rönne Ergänzungen zur AGO I 38 § 1 ed. V Bd. III S. 510, 511) wie anderwärts (vgl. v. Arnold a. a. O. S. 13 ff.) ventilierte Kontroverse und findet ihren Grund in der Natur des Entmündigungsantrags, welcher über die Herbeiführung der Bevormundung hinaus die Feststellung des Status einer Person bezweckt, wovon in manchen Gebieten, namentlich in Preußen, die Befugnis der Irrenanstalten zur dauernden Aufnahme eines Geisteskranken abhängt (vgl. nordd. Prot. V S. 2216, 2217)."

Gegen eine Ehefrau, die unter Vormundschaft oder in väterlicher (elterlicher) Gewalt steht, kann nur der Ehemann, nicht der Vormund oder Gewalthaber, die Entmündigung beantragen. [AM. nur Mandry d. civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 36 N. 13.]

3. Zu Abs. 1 Satz 3: Vgl. sächs.-altenb. AG. v. 25. März 1879 (Gemeindevorstand); dazu RG. Entsch. VII S. 437. — Auch gegenüber den nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Antragsberechtigten gilt die Beschränkung des Abs. 1 Satz 2. [So auch Daude S. 32.]

4. Zu Abs. 2: Das Antragsrecht des Staatsanwalts unterliegt nicht der Beschränkung des Abs. 1 Satz 2.

5. Zu Abs. 1 und 2: Die Berechtigung aller Antragsberechtigten ist eine gleichmäßige. Daraus folgt, daß jeder Antragsberechtigte in das auf Antrag eines andern eingeleitete Verfahren mit Anträgen eintreten kann.

6. Die Vormundschaftsbehörde hat kein Antragsrecht.

Digitized by Google

§ 596.

Der Antrag kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Er soll eine Angabe der ihn begründenden Thatsachen und die Bezeichnung der Beweismittel enthalten.

KPr. S. 311, 454, 560.

1. Der Antragsteller muß prozeßfähig sein. Für den Prozeßunfähigen kann dessen gesetzlicher Vertreter den Antrag stellen. Der Antrag kann durch einen Bevollmächtigten gestellt werden. Die Vorlage der Vollmacht ist von Amtswegen zu verlangen (§ 84 Abs. 2). Die Vollmacht muß die Ermächtigung zu dem Entmündigungsantrag enthalten; eine Vollmacht „zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten" genügt nicht. Kein Anwaltszwang.

2. Die Vorschrift des zweiten Satzes ist instruktionell; das weitere Verfahren (§ 597) ist nicht dadurch bedingt, daß der Antrag der Vorschrift entspricht.

§ 597.

Das Gericht hat unter Benutzung der in dem Antrage angegebenen Thatsachen und Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung des Geisteszustandes erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweismittel aufzunehmen.

Das Gericht kann vor Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen.

Der Staatsanwalt kann in allen Fällen das Verfahren durch Stellung von Anträgen betreiben.

Für die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen die Bestimmungen im siebenten und achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs zur Anwendung. Die Anordnung der Haft im Falle des § 355 kann von Amtswegen erfolgen.

Mot. S. 372, 373. KPr. S. 311, 312, 451, 454, 560.

1. Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob es zuständig und der Antragsteller antragsberechtigt ist. Ist dies nicht der Fall, so ist der Antrag ohne weiteres Verfahren durch Beschluß zurückzuweisen. Dieser Beschluß ist dem Antragsteller zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Dagegen findet die einfache Beschwerde statt (§ 530).

2. § 597 verwirklicht das für das amtsgerichtliche Verfahren angenommene Offizialprinzip. Eine Verhandlung im Sinne des § 119 findet nicht statt. Wegen Ausschlusses der Öffentlichkeit s. Bem. Nr. 3 vor § 593. Das Gericht kann alle Arten von Ermittelungen veranstalten, insbesondere auch Berichte anderer Behörden einfordern und alle Beweismittel, die ihm geeignet scheinen, aufnehmen. Bei der Beweisaufnahme ist das Gericht weder auf die etwa im Antrage bezeichneten Thatsachen und Beweismittel beschränkt, noch muß es die vorgeschlagenen Beweise erheben. Ein Beweis durch Eid ist nach der Natur des Verfahrens unmöglich. Der Antragsteller kann als Zeuge eidlich vernommen werden, da er nicht Partei ist. Von Geständnis und Anerkenntnis ist, da keine Parteien vorhanden sind, nicht die Rede. — Nach dem Grundsatze des Offizialverfahrens kann das Gericht, sobald es sich überzeugt, daß der Antrag nicht begründet ist, also möglicherweise ohne jedes Ermittelungsverfahren, das Verfahren durch ablehnenden Beschluß beendigen.

3. Zu Abs. 2: Die Anordnung steht im Ermessen des Gerichts. Der Beschluß ist dem Antragsteller zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Das Zeugnis ersetzt nicht die Vernehmung (§ 599).

Digitized by Google

4. Zu Abs. 3: Der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte (arg. § 595 Abs. 2) ist zur Antragstellung im Laufe des Verfahrens auch befugt, wenn nicht er die Entmündigung beantragt hat. Er kann, wie jeder Antragsberechtigte, den Antrag aufnehmen, wenn der Antragsteller seinen Antrag zurücknimmt; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 593.

5. Zu Abs. 4: Die Bestimmungen über die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen kommen zur Anwendung mit den Modifikationen, die sich daraus ergeben, daß im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren keine Parteien vorhanden sind. Anwendbar sind hiernach die §§ 340, 341, 342 (mit der Maßgabe, daß anstatt der Parteien das Verfahren zu bezeichnen ist) 343, 345—347, 348 Nr. 4, 5, 350 Abs. 2, 351, 352 (ohne Anhörung von Parteien), 353, 354, 355 (mit der Maßgabe, daß die Anordnung und die Vollziehung der Haft gegen den Zeugen von Amtswegen erfolgen kann; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 792) 356 Abs. 1, 357, 358 Abs. 1 Nr. 1, 2, 359—361, 363, 365—367, 369 Abs. 1, 2, 370, 372—374, 375 (mit der Maßgabe, daß kein Verzicht auf Beeidigung möglich ist), 376—379. — Weder der Antragsteller noch der Staatsanwalt noch der zu Entmündigende hat das Recht, der Beweisaufnahme beizuwohnen, da keiner Partei ist. [Vgl. RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1094, wo dem Entmündigten auch im kontradiktorischen Verfahren das Recht, der Beweisaufnahme beizuwohnen, abgesprochen ist.]

§ 598.

Der zu Entmündigende ist persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen zu vernehmen.

Die Vernehmung kann auch durch einen ersuchten Richter erfolgen.

Die Vernehmung kann unterbleiben, wenn sie nach Ansicht des Gerichts schwer ausführbar oder für die Entscheidung unerheblich oder für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden nachteilig ist.

Mot. S. 373. KPr. S. 312, 452, 454, 560.

1. Die persönliche Vernehmung darf nur aus den in Abs. 3 angeführten Gründen unterbleiben. „Schwer ausführbar" oder „unerheblich" kann z. B. die Vernehmung von Tobsüchtigen (Mot. 373) oder von Personen sein, die nicht zum Reden zu bringen sind. Ort der Vernehmung s. § 196. Die Vernehmung außerhalb der Gerichtsstelle ist zumeist angezeigt; der Transport der in Anstalten befindlichen Personen an die Gerichtsstelle ist, wenn möglich, zu vermeiden (KPr. S. 463 f.).

2. Wegen Ernennung und Vernehmung der Sachverständigen s. Bem. Nr. 5 zu § 597. Die preuß. Verf. v. 10. Mai 1887 (JMBl. S. 129) empfiehlt den Amtsrichtern, das mündliche Gutachten möglichst vollständig zu protokollieren, wegen § 612 Abs. 2.

§ 599.

Die Entmündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat.

Mot. S. 373. KPr. S. 312, 452, 454, 560.

Wegen Ernennung und Vernehmung der Sachverständigen s. Bem. Nr. 5 zu § 597. Gebunden ist das Gericht an das Gutachten nicht. — Ablehnung der Entmündigung ist ohne Anhörung von Sachverständigen zulässig.

§ 600.

Sobald das Gericht die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder

Digitized by Google

das Vermögen des zu Entmündigenden für erforderlich hält, ist der Vormundschaftsbehörde zum Zwecke dieser Anordnung Mitteilung zu machen.

Mot. S. 374. KPr. S. 302—309, 312, 452, 454, 455, 560.

1. Während des Entmündigungsverfahrens kann eine provisorische Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden nötig werden. Für diese Fälle trifft § 600 Vorkehrung. Die Mitteilung ist überflüssig, wenn der mit dem Entmündigungsverfahren befaßte Amtsrichter auch der Vormundschaftsrichter, nicht schon, wenn dasselbe Amtsgericht die Vormundschaftsbehörde ist.

2. In der JK. d. RT. wurde konstatiert, daß nicht beabsichtigt sei, für jene Gebiete, in denen nach der Vormundschaftsordnung eine provisorische Kuratel nicht besteht, durch § 600 irgend welche Änderung zu treffen [vgl. RG. 28. April 1883 Entsch. IX Nr. 45 S. 180]; ferner daß durch § 600 der Befugnis der Vormundschaftsbehörde, auch unabhängig von der in § 600 angeordneten Anzeige eine provisorische Kuratel einzuleiten, in keiner Weise präjudiziert werden solle. — Provisorische Kuratel ist z. B. zugelassen nach preuß. Vorm.Ordn. v. 5. Juli 1875 § 90, Code civ. art. 497.

3. Über „Vormundschaftsbehörde" vgl. preuß. AG. z. GVG. § 26; bay. AG. z. CPrO. Art. 176; bad. Ges. v. 6. Febr. 1879, betr. die Verwaltung der freiw. Gerichtsbarkeit u. d. Notariat, §§ Nr. 4; hess. AG. z. CPrO. Art. 96; hamb. Vorm.Ordn. v. 25. Juli 1879 Art. 95, 110; elsaß-lothr. AG. z. CPr. § 14 Abs. 1.

§ 601.

Die Kosten des Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von der Staatskasse zu tragen.

Insoweit einen der im § 595 Abs. 1 bezeichneten Antragsteller bei Stellung des Antrags nach dem Ermessen des Gerichts ein Verschulden trifft, können demselben die Kosten ganz oder teilweise zur Last gelegt werden.

KPr. S. 312, 452, 454, 560.

1. Die Vorschriften über Bewilligung des Armenrechts finden entsprechende Anwendung. Nicht dem Antragsteller, wohl aber dem zu Entmündigenden kann das Armenrecht bewilligt werden. Ist diesem das AR. bewilligt, so braucht der Antragsteller keinen Gebührenvorschuß (GKG. § 81) zu leisten.

2. Der Charakter des Verfahrens als Offizialverfahren und die Erwägung, daß durch die Gefahr der Kostenüberbürdung mancher berechtigte Antrag zurückgehalten würde (KPr. S. 454), führen dazu, die Kosten im Falle der Abweisung regelmäßig auf die Staatskasse zu übernehmen. Bei Zurücknahme des Antrags (s. Bem. Nr. 3 zu § 503) sind dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen, wenn sich nicht feststellen läßt, daß ihn kein Verschulden trifft. [Vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 404, Kohler Forschungen S. 111 N. 3.]

§ 602.

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

KPr. S. 312, 455, 560.

1. Der die Entmündigung ablehnende, wie der sie aussprechende Beschluß ist von Amtswegen dem Antragsteller und dem Staatsanwalte bei dem vorgesetzten Landgerichte zuzustellen, auch wenn der StA. an dem Verfahren nicht beteiligt war. Das Gleiche gilt von Beschlüssen des Beschwerdegerichts. An den zu Entmündigenden oder Entmündigten werden die Beschlüsse nicht zugestellt. Anders § 623.

Digitized by Google

2. Nach preuß. Verf. v. 27. Nov. 1892 (JMBl. S. 372) hat der Staatsanwalt von dem Beschlusse dem Vorsteher der Irrenanstalt, in der der Entmündigte sich befindet, Nachricht zu geben.

§ 603.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde und, wenn eine gesetzliche Vormundschaft stattfindet, auch dem gesetzlichen Vormunde mitzuteilen.

Mit der Mitteilung des Beschlusses an die Vormundschaftsbehörde tritt die Entmündigung in Wirksamkeit.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 312, 452, 455—458, 560.

1. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist von Amtswegen der Vormundschaftsbehörde (vgl. dazu die Citate in Bem. Nr. 3 zu § 600) schriftlich mitzuteilen, nicht förmlich zuzustellen. Diese Mitteilung ist auch dann, wenn das die Entmündigung aussprechende Amtsgericht selbst die Vormundschaftsbehörde ist, wegen der Vorschrift in Abs. 2 unentbehrlich. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß derselbe Amtsrichter, der den Entmündigungsbeschluß namens des Amtsgerichts erläßt, mit den Geschäften der Vormundschaftsbehörde betraut ist; denn ungeachtet des Zusammentreffens der beiden Amtsfunktionen in demselben Amtsgerichte und in der Person desselben Richters ist das über die Entmündigung entscheidende Gericht begrifflich eine von der Vormundschaftsbehörde verschiedene Behörde. [Vgl. Utting Bl. f. RA. LIV S. 161 f. AM. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 238 bei N. 2, Petersen (2) S. 857, Daude S. 68.]

2. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß ist ferner dem gesetzlichen Vormunde schriftlich mitzuteilen. Gesetzlicher Vormund ist, wer durch das Gesetz, ohne gerichtliche Ernennung und Bestellung zum Vormunde berufen wird. Im gemeinen Rechte giebt es gesetzliche curatores furiosi in diesem Sinne nicht. Nach l. 7 § 6 C. de curatore furiosi vel prodigi 5, 70 muß auch der nach gesetzlicher Ordnung zur cura Berechtigte obrigkeitlich bestellt werden. [Vgl. Windscheid Pand. II § 446 N. 8.] Ein gesetzlicher tutor über einen pupillus furiosus könnte vorkommen, wenn ein pupillus je entmündigt werden sollte. Gesetzliche Vormünder über Geisteskranke giebt es nach preuß. Vorm.Ordn. v. 5. Juli 1875 §§ 12, 13, 83 Abs. 1, 95 Abs. 2, nach Code civ. art. 390, 402, 403 nach hamb. Vorm.Ordn. v. 25. Juli 1879 Art. 6—9, 13 [vgl. Daude a. a. O. S. 65]. — Dem Entmündigten selbst wird der Beschluß von dem Amtsgerichte, das die Entmündigung ausspricht, nicht mitgeteilt; das Entmündigungsgericht hat auch den Beschluß nicht öffentlich bekannt zu machen. Anders bei Entmündigung wegen Verschwendung: §§ 623, 627.

3. Die CPrO. bestimmt nicht, welche Wirkungen der Entmündigungsbeschluß hat; diese Wirkungen sind nach dem Landesrechte zu beurteilen; vgl. Bem. Nr. 4 vor § 593. Nach dem Landesrechte ist auch zu bemessen, was die Vormundschaftsbehörde zufolge des ihr mitgeteilten Entmündigungsbeschlusses zu thun hat, namentlich, welche Maßregeln zur Verwaltung und Sicherung des Vermögens des Entmündigten und zur Sorge für dessen Person zu ergreifen sind (Mot. S. 374; vgl. preuß. Vorm.Ordn. § 81) und ob und in welcher Weise die Entmündigung von der Vormundschaftsbehörde bekannt zu machen ist. Das Prozeßgesetz hat nur den Zeitpunkt zu bestimmen, mit dem der Entmündigungsbeschluß in Wirksamkeit tritt. Als der maßgebende Zeitpunkt war in den Entwürfen I—III die Verkündung des Entmündigungsurteils bestimmt. Nachdem die in Bem. Nr. 2 vor 582 dargestellte grundsätzliche Veränderung des Entmündigungsverfahrens beschlossen war, konnte die Wirksamkeit der Entmündigung nicht mehr auf die Verkündung der Entscheidung ab-

Digitized by Google

gestellt werden, weil der Entmündigungsbeschluß nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergeht und daher nicht verkündet wird. In der JK. d. RT. war zuerst geplant, die Wirkung der Entmündigung auf den Zeitpunkt der Vormundsbestellung zu setzen. Schließlich aber wurde bestimmt, daß die Mitteilung des Entmündigungsbeschlusses an die Vormundschaftsbehörde maßgebend sein solle. Die Mitteilung ist nicht mit der Absendung, sondern erst mit dem Eintreffen des die Mitteilung enthaltenden Schriftstücks bei der Vormundschaftsbehörde vollendet. Ist derselbe Amtsrichter, der die Entmündigung beschließt, auch mit den Geschäften der zuständigen Vormundschaftsbehörde betraut, so fällt die Ausfertigung der an die Vormundschaftsbehörde gerichteten Mitteilung mit dem Eintreffen bei der Vormundschaftsbehörde zeitlich zusammen, so daß die Entmündigung von der Ausfertigung an wirksam ist. — Übrigens ist die mit der Mitteilung an die Vormundschaftsbehörde eingetretene Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses immer nur eine vorläufige, insofern der Entmündigungsbeschluß durch die in § 605 bezeichnete Klage innerhalb der dort bezeichneten Frist angefochten werden kann. Wegen Wirkung der erfolgreichen Anfechtung s. § 613.

§ 604.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung abgelehnt wird, steht dem Antragsteller und dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

In dem Verfahren vor dem Beschwerdegerichte finden die Vorschriften des § 597 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 312, 452, 458, 560.

„Sofortige Beschwerde" — s. § 540. Auch gegen Ablehnung wegen Unzuständigkeit findet nur sofortige Beschwerde statt. [AM. OLG. Kassel SA. XLIX Nr. 136, nämlich für Zulässigkeit der einf. Beschwerde.]

Wird die Beschwerde verworfen, so findet bezüglich der Kosten § 92 Anwendung (KPr. S. 458). Ist der StA. Beschwerdeführer, so fallen die Kosten der Staatskasse zur Last (vgl. GKG. § 98 Abs. 3). Wird der Beschwerde stattgegeben, so fallen die Kosten dem Entmündigten zur Last. [AM. Daude S. 105, der die Kosten der Beschwerdeinstanz der Staatskasse überbürdet. Auf Grund welchen Gesetzes?] Erläßt das Beschwerdegericht den Entmündigungsbeschluß, so hat es die in § 603 vorgeschriebenen Mitteilungen an die Vormundschaftsbehörde ꝛc. zu erlassen. In diesem Falle richtet sich die Klage des § 605 gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts.

§ 605.

Der Entmündigung aussprechende Beschluß kann im Wege der Klage binnen der Frist eines Monats angefochten werden.

Das Recht zur Erhebung der Klage steht dem Entmündigten selbst, dem Vormunde desselben und den im § 595 bezeichneten Personen zu.

Die Frist beginnt für den Entmündigten mit dem Tage, an welchem er von der Entmündigung Kenntnis erhalten hat, für die übrigen Personen mit der Bestellung des Vormundes und im Falle einer gesetzlichen Vormundschaft mit der Mitteilung des Beschlusses an den gesetzlichen Vormund.

KPr. S. 312, 452, 458—462, 560.

1. Vgl. Bem. Nr. 2 vor § 593 (S. 771 f.).

2. Zu Abs. 1: Die Anfechtungsklage des § 605 verlangt die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses als mit Unrecht erlassen. Sie ist von der Wiederaufhebungsklage des § 620, die die Beendigung der Entmündigung wegen Aufhörens der sie begründenden

Digitized by Google

Umstände — der Geisteskrankheit (bezw. der Verschwendungssucht) — bezweckt, scharf zu scheiden. Die Anfechtungsklage kann darauf gestützt werden, daß das Gericht, das die Entmündigung aussprach, unzuständig, oder darauf, daß kein Antrag eines Antragsberechtigten vorhanden sei, oder darauf, daß der Entmündigte zur Zeit der Erlassung des Beschlusses nicht geisteskrank war, nicht darauf, daß er inzwischen genesen sei [vgl. OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 153]. Verstöße gegen die Vorschriften über das Verfahren — z. B. Zulassung der Öffentlichkeit, Unterlassung der persönlichen Vernehmung des Entmündigten, Nichtbeeidigung der Sachverständigen — können nicht zur Aufhebung des Beschlusses führen, wenn sich auf Grund der landgerichtlichen Verhandlung die Entmündigung als sachlich gerechtfertigt darstellt. [Vgl. RG. 5. Jan. 1885 Beitr. z. d. DR. XXIX S. 1095.]

Die Anfechtungsklage ist der einzige Weg, auf dem eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Entmündigungsbeschlusses erreicht werden kann. Es ist nicht zulässig, im Laufe eines anderen Prozesses, worin die Rechtmäßigkeit der Entmündigung als Präjudizialfrage auftaucht, eine Entscheidung hierüber zu verlangen oder zu geben. Der Entmündigungsbeschluß besteht zu Recht, bis er zufolge der in § 605 bezeichneten Klage aufgehoben wird.

Für die Klage gelten die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor den Landgerichten mit den aus den §§ 606—612 sich ergebenden Besonderheiten. Über Verzicht auf die Klage vgl. Bem. Nr. 5 zu § 277.

„Frist eines Monats". Die Frist ist keine Notfrist (arg. § 201 Abs. 3). Daher wird deren Lauf durch die Gerichtsferien gehemmt; Wiedereinsetzung gegen deren Ablauf findet nicht statt. Abkürzung oder Verlängerung durch das Gericht ist unzulässig (arg. § 202 Abs. 2). Abkürzung oder Verlängerung durch Vereinbarung ist nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber gleichwohl als unzulässig zu betrachten. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob vor der Klagerhebung Parteien im Sinne des § 202 vorhanden sind, ist die Anfechtungsfrist im öffentlichen Interesse bestimmt, damit die Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses nicht auf unabsehbare Zeit in der Schwebe bleiben kann. [So auch Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 241 bei N. 5, Daube S. 76. AM. Wilm. Levy N. 2, Petersen (2) S. 860, A. Förster N. 3, Hellmann Komm. II S. 571 u. Lehrb. S. 908.] Aus dem angeführten Grunde ist auch anzunehmen, daß das Gericht von Amtswegen zu prüfen habe, ob die Klage in der gesetzlichen Frist erhoben ist, und daß die Klage abzuweisen sei, wenn sich dabei herausstellt, daß dies nicht der Fall ist.

3. Zu Abs. 2: Klageberechtigt sind: a) Der Entmündigte selbst. Ihm bleibt für diese Klage noch ein Rest von prozessualischer Handlungsfähigkeit, obwohl der Entmündigungsbeschluß schon in Wirksamkeit trat; vgl. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 78. b) Der Vormund des Entmündigten, einerlei ob er vor oder nach der Entmündigung bestellt ist. Die Bestellung eines curator ad hoc, d. i. zur Anfechtung der Entmündigung, ist möglich aber kaum von praktischer Bedeutung. c) Die in § 595 bezeichneten Personen, auch die durch Abs. 1 Satz des § 595 vom Antrag auf Entmündigung ausgeschlossenen. Es kann sein, daß andere Personen ein vermögensrechtliches Interesse an der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses haben, z. B. Personen, die mit dem Entmündigten Geschäfte machten; sie haben kein Anfechtungsrecht. — Das Anfechtungsrecht ist unvererblich, weil es kein Vermögensrecht ist; vgl. Bem. Nr. 5.

4. Zu Abs. 3: Für den Entmündigten beginnt die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage mit dem Tage, an dem er von der Entmündigung Kenntnis erhalten hat. Da der Entmündigungsbeschluß dem Entmündigten von dem Gerichte, das den Beschluß erlassen

Digitized by Google

hat, nicht mitgeteilt wird (vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 603), so fehlt es an einer amtlichen Fixierung des Zeitpunkts, in dem der Entmündigte Kenntnis von der Entmündigung erhält. Der Entmündigte kann durch die Vormundschaftsbehörde oder sonstwie Kenntnis von seiner Entmündigung bekommen; nach Umständen kann er diese Kenntnis durch die thatsächliche Entziehung der Vermögensverwaltung und Verbringung in eine Irrenanstalt erhalten. Zum Kenntniserhalten gehört ein gewisses Maß von Erkenntnisvermögen, das unter Umständen dem Entmündigten fehlen kann. Da aber die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung erst zu prüfen ist, wenn der Entmündigte die Anfechtungsklage erhoben hat, und er in dieser Klage behauptet, daß die Entmündigung mit Unrecht ausgesprochen worden sei, so hat das Gericht bei der Prüfung der Rechtzeitigkeit der Klagerhebung zu unterstellen, daß der Entmündigte die Fähigkeit, von der Entmündigung Kenntnis zu nehmen, bisher besessen habe. Die Verneinung seiner Erkenntnisfähigkeit bei Gelegenheit der Vorfrage nach der Rechtzeitigkeit der Klage würde eine materielle Entscheidung über die Anfechtungsklage in sich schließen. [Vgl. Wilm. Levy N. 7, A. Förster N. 5a. AM. KPr. S. 460, Struckm. Koch N. 5, Gaupp II S. 241, Daude S. 75 u. a.] b) Für alle anderen Anfechtungsberechtigten beginnt die Frist mit der Bestellung des Vormundes (vgl. preuß. Vorm.Ordn. § 24) und, wenn ein Vormund nicht zu bestellen ist, weil ein gesetzlicher Vormund da ist (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 603), mit der Mitteilung des Beschlusses an diesen. Der Fall, daß der Entmündigte keines Vormundes bedarf, weil er bereits aus anderer Ursache — z. B. wegen Minderjährigkeit — einen Vormund hat oder in väterlicher Gewalt steht, ist im Gesetze übersehen. Die entsprechende Anwendung des Abs. 3 des § 605 führt dazu, die Frist mit der Mitteilung des Beschlusses an den Vormund oder Vater beginnen zu lassen.

5. Daß nach dem Tode des Entmündigten die Anfechtungsklage von dem Vormunde und dem Staatsanwalte nicht mehr erhoben werden kann, ergiebt sich schon daraus, daß der Vormund mit dem Tode seine Vormundsstellung verliert und daß damit dessen Legitimation zur Kläger- wie zur Beklagtenrolle (vgl. § 607 Abs. 2) aufhört. Aber auch dem Ehegatten, den Verwandten und den etwa nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts außerdem Klageberechtigten steht nach dem Tode des Entmündigten die Anfechtungsklage nicht mehr zu; denn diese Klage bezweckt eine neue, in den Formen des Civilprozesses sich abspielende Verhandlung und eine darauf sich gründende zweite Entscheidung über die Frage, ob zu entmündigen sei oder nicht, und diese Entscheidung ist nach dem Tode des Entmündigten ebenso gegenstandslos geworden, wie eine Entscheidung über den Entmündigungsantrag im amtsgerichtlichen Verfahren. Der Entmündigungsbeschluß bleibt in einem solchen Falle in Wirksamkeit, weil er schon vor Ablauf der Anfechtungsfrist in Wirksamkeit getreten ist (§ 603 Abs. 2).

Durch den Tod des Entmündigten während des Anfechtungsprozesses wird der Prozeß in der Hauptsache gegenstandslos; es kann nicht mehr darüber entschieden werden, ob der Verstorbene mit Recht oder mit Unrecht entmündigt wurde. Ist die Klage vom Vormunde oder vom Staatsanwalte gegen den Vormund erhoben, so hört mit dem Tode des Entmündigten die Legitimation des Vormundes und damit dessen Befähigung zur Parteirolle auf. Hat der Entmündigte selbst geklagt, so kann sein Erbe nicht eintreten, weil das Klagerecht nicht Vermögensrecht ist. Daß er ein vermögensrechtliches Interesse an der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses hat, kann daran nichts ändern; denn nur Vermögensrechte des Erblassers gehen auf den Erben über und nur für vermögensrechtliche Klagen gilt der gemeinrechtliche Satz, daß unvererbliche Klagerechte durch die Klagerhebung vererblich werden. Ist die Klage von dem Ehegatten, einem Verwandten oder einem nach

Digitized by Google

bürgerlichem Rechte Klageberechtigten erhoben, so ist die Fortsetzung des Prozesses in der Hauptsache aus den gleichen Gründen für unzulässig zu erachten, aus denen die Erhebung der Klage durch eine dieser Personen nach dem Tode des Entmündigten unzulässig ist (s. Abs. 1). [Vgl. Wilm. Levy N. 4 und 6, Gaupp II S. 242 bei N. 10, Siebenhaar S. 588. AM. Struckm. Koch N. 4, Petersen (2) S. 860, A. Förster N. 6, Puchelt II S. 451, 458, Hellm. Komm. II S. 570 und Lehrb. S. 908. Die hier sich findende Verweisung auf RG. Entsch. IX S. 217 trifft nicht zu; dort handelte es sich um die Ehenichtigkeitsklage; überdies ist diese Entscheidung wohl nicht richtig; vgl. Bem. Nr. 4 vor § 568 S. 752]. Nach Erledigung des Prozesses in der Hauptsache ist noch eine Entscheidung über die Kosten möglich; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 94.

Fällt der Vormund weg, der als Kläger oder Beklagter im Anfechtungsprozesse beteiligt war, so geht der Prozeß auf den Nachfolger in der Vormundschaft über. Stirbt der Ehegatte oder Verwandte, der die Klage erhoben hat, so können die Erben den Prozeß nicht fortsetzen (vgl. oben Abs. 2). Der Staatsanwalt kann nicht wegfallen. Eine Personalveränderung in der Staatsanwaltschaft ist für den Prozeß bedeutungslos.

§ 606.

Für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirke das Amtsgericht seinen Sitz hat, ausschließlich zuständig.

Mot. S. 371, 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

Sc. das dem in § 594 bezeichneten Amtsgerichte übergeordnete Landgericht.

§ 607.

Die Klage ist gegen den Staatsanwalt zu richten.

Erhebt der Staatsanwalt die Klage, so ist dieselbe gegen den Vormund des Entmündigten als Vertreter desselben zu richten.

Hat eine der im § 595 Abs. 1 bezeichneten Personen die Entmündigung beantragt, so ist dieselbe unter Mitteilung der Klage zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden. Dieselbe gilt im Falle des Beitritts im Sinne des § 59 als Streitgenosse der Hauptpartei.

Mot. S. 374. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

1. Zu Abs. 1: „Gegen den Staatsanwalt" — sc. den StA. bei dem in § 606 bezeichneten Landgerichte. Die Stellung des StA. als Beklagter bedingt nicht, daß er den Antrag des Anfechtungsklägers bekämpfe. Er kann dessen Berechtigung anerkennen; dadurch wird er nicht Gegenpartei des ihm nach Abs. 3 des § 607 als Streitgenosse Beigetretenen. [Vgl. RG. 8. Mai 1885 Entsch. XIII Nr. 120 S. 432.]

2. Zu Abs. 2: Da die Frist zur Klagestellung nach § 605 Abs. 3 erst von der Vormundschaftsbestellung läuft, so kann der Gegner nicht fehlen.

3. Zu Abs. 3: Die Ladung ist Sache des Klägers. Daß diese Ladung innerhalb der einmonatigen Frist geschehe, ist nicht vorgeschrieben. Die Ladung ist notwendig. Unterblieb sie, so muß die Verhandlung von Amtswegen vertagt und die Ladung nachgeholt werden. Der Antragsteller kann auch ohne Ladung beitreten. — Die Beitrittserklärung erfolgt in der mündlichen Verhandlung; sie kann erfolgen, so lange eine mündliche Verhandlung stattfindet. Der Beitretende ist nicht Nebenintervenient, sondern Streitgenosse des beklagten Staatsanwalts und zwar, da über die Frage, ob der Entmündigungsbeschluß gerechtfertigt war, nur einheitlich entschieden werden kann, Streitgenosse im Sinne des § 59. [Dagegen Hachenburg besondere Streitgenossenschaft S. 106 f., der annimmt, daß

Digitized by Google

der beitretende Antragsteller Intervenient sei. Die von H. dafür angezogene Fassung „gilt als Streitgenosse" dürfte für diese Ansicht kaum etwas beweisen.] Weil der Beitritt keine Nebenintervention ist, kann er nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes nach Analogie des § 67 erfolgen; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 753. — Über Zustellung der Rechtsmittelschriftsätze an den StA. vgl. Bem. Nr. 2 zu § 164.

§ 608.

Mit der die Entmündigung anfechtenden Klage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist unzulässig.

Mot. S. 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560.

Vgl. die §§ 575 Abs. 2 und 587.

§ 609.

Will der Entmündigte die Klage erheben, so ist ihm auf seinen Antrag von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter beizuordnen.

Mot. S. 372. KPr. S. 312, 452, 463, 560. Prot. der 163. Sitz. Anl. C.

1. Der Entmündigte selbst kann ohne Mitwirkung seines Vormundes nach § 605 Abs. 2 die Anfechtungsklage erheben (vgl. Bem. Nr. 3 litt. a zu § 605). Vermöge des ihm verbleibenden Restes von prozessualischer Handlungsfähigkeit kann er selbst einen Anwalt wählen und die Prozeßvollmacht gültig ausstellen, auch wird er dem Anwalte zur Bezahlung der Gebühren verpflichtet. Er ist der Staatskasse gegenüber gebührenpflichtig und dem Prozeßgegner gegenüber berechtigt und verpflichtet bezüglich der Kosten des Prozesses.

2. Da es unter Umständen dem Entmündigten schwer werden kann, einen Anwalt zu finden, der seine Vertretung übernimmt, so ist im Gesetze vorgesehen, daß dem Entmündigten auf seinen Antrag von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter beigeordnet werde. Für den Antrag ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Die Beiordnung erfolgt ohne causae cognitio; sie darf nicht versagt werden [vgl. OLG. Frankfurt SA. XLIV Nr. 66.] Gegen Abweisung des Antrags stände Beschwerde zu. Die Bestellung ist gebührenfrei; GKG. § 47 Nr. 9 (vgl. aber GO. f. RA. § 23 Nr. 1). Der beigeordnete Anwalt kann von dem Entmündigten die gesetzlichen Gebühren verlangen, sofern nicht das Armenrecht bewilligt ist. Von der Zahlung eines Vorschusses kann der beigeordnete RA. die Übernahme der Vertretung nicht abhängig machen; denn RAO. § 38 bezieht sich nicht auf § 609. Vertragsmäßige Festsetzung der Gebühren des beigeordneten Anwalts ist durch GO. f. RA. § 93 ausgeschlossen. Der beigeordnete Anwalt ist nicht, wie der nach § 620 Abs. 3 beigeordnete Anwalt, Vertreter eines Prozeßunfähigen, sondern gleich dem der armen Partei beigeordneten Anwalte Prozeßbevollmächtigter einer ad hoc prozeßfähigen Partei [aM. beiläufig RG. Entsch. XXI S. 370] und bedarf daher der Vollmacht des Vertretenen. Er kann wie jeder Prozeßbevollmächtigte einen Bevollmächtigten für die höheren Instanzen aufstellen; daher kann nicht vom Vorsitzenden des Berufungsgerichts die Beiordnung eines Rechtsanwalts verlangt werden [vgl. RG. a. a. O. 371 und bay. ob. LG. SA. XLVIII Nr. 159.]

§ 610.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien die Ergebnisse der bei dem Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung, soweit es zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses erforderlich ist, vollständig vorzutragen.

Digitized by Google

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nötigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung, zu veranlassen.

KPr. S. 452, 463, 560.

1. Vgl. § 258 Abs. 2 und Bem. Nr. 3 dazu; dann § 488 nebst den Bemerkungen Die Akten des Amtsgerichts müssen eingefordert werden [vgl. Daude S. 73].

2. Der Amtsrichter, der die Entmündigung beschloß, und die Mitglieder des Landgerichts, die bei der in der Beschwerdeinstanz erfolgten Entmündigung mitwirkten, sind von der Entscheidung über die Anfechtungsklage nicht ausgeschlossen; § 41 Nr. 6 trifft nicht zu; ein Antrag, sie auszuschließen, wurde in der JK. d. RT. abgelehnt (KPr. S. 463). Gleichwohl empfiehlt es sich, solche Richter nicht zuzuziehen. Sie könnten auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

§ 611.

Die Vorschriften der §§ 577, 578 finden entsprechende Anwendung. Der Parteieid ist ausgeschlossen.

Mot. S. 373. KPr. S. 452, 463, 560.

1. Zu Abs. 1: Wegen entsprechender Anwendung des § 577 Abs. 1 auf den Entmündigungsprozeß ist Bem. Nr. 2 zu § 577 zu vergleichen. Die entsprechende Anwendung des § 577 Abs. 2 ergiebt, daß im Entmündigungsprozesse der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, überhaupt nicht zulässig ist. In dem dem § 577 entsprechenden § 554 des Entw. III waren für den Eheprozeß alle Editionsanträge für unzulässig erklärt. Auf diesen § 554 verwies der Entw. III in § 574, aus dem § 611 hervorgegangen ist. Nun sind zwar nach § 577 Abs. 2 der CPrO. Editionsanträge zulässig, soweit es sich um Thatsachen handelt, die nicht die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe begründen sollen. Allein eine entsprechende Beschränkung der Unzulässigkeit des Editionsantrags ist im Entmündigungsprozesse nicht durchführbar. Abgesehen hiervon paßt das auf Verweigerung des Editionseides gesetzte Präjudiz nicht für das Entmündigungsverfahren. Über die Behandlung der Terminsversäumnis vgl. die Bemerkungen Nr. 1 bis 4, 6, 7 zu § 578.

2. Zu Abs. 2: „Parteieid" — zugeschobener Eid, richterlicher Eid und Eid zur Glaubhaftmachung. Dadurch, daß Abs. 2 des § 611 den Parteieid unbedingt ausschließt, wird die Vorschrift des § 577 Abs. 1 über die Erlassung eines Eides, des § 577 Abs. 2 über die Eideszuschiebung und des § 578 Abs. 4, sofern daselbst ein Versäumnisurteil nach § 430 zugelassen ist, für das Entmündigungsverfahren gegenstandslos.

§ 612.

Die Bestimmungen der §§ 598, 599 finden in dem Verfahren über die Anfechtungsklage entsprechende Anwendung.

Von der Vernehmung Sachverständiger darf das Gericht Abstand nehmen, wenn es das vor dem Amtsgerichte abgegebene Gutachten für genügend erachtet.

Mot. S. 373. KPr. S. 452, 458, 463, 464, 560.

1. Vgl. die Bemerkungen zu den §§ 598, 599. — Wegen Ausschließung der Öffentlichkeit s. Bem. Nr. 3 vor § 593. Die Vernehmung des Entmündigten kann einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden.

2. Abs. 2 enthält nur eine Ausnahme von § 599, nicht von dem Gebote der Zuziehung von Sachverständigen zur Vernehmung des Entmündigten (§ 598 Abs. 1).

Digitized by Google

§ 613.

Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so ist der die Entmündigung aussprechende Beschluß aufzuheben. Die Aufhebung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils in Wirksamkeit. Auf Antrag können jedoch zum Schutze der Person oder des Vermögens des Entmündigten einstweilige Verfügungen nach Maßgabe der §§ 815—822 getroffen werden.

Die Aufhebung hat zur Folge, daß die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des Entmündigten auf Grund des Beschlusses, welcher die Entmündigung ausgesprochen hatte, nicht in Frage gestellt werden kann. Auf die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des bestellten oder gesetzlichen Vormundes hat die Aufhebung keinen Einfluß.

KPr. S. 455—462, 464, 560, 561. Vgl. § 69 des Entw. e. BGB. 2. Lesung.

1. Zu Abs. 1: Über Begründung der Anfechtungsklage s. Bem. Nr. 2 zu § 605. — Die nach § 603 Abs. 2 eingetretene Wirkung des Entm.Beschlusses dauert fort bis zur Rechtskraft (§ 645) des Urteils. Das Urteil kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. — Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen schließt nicht aus, daß die Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Anordnungen treffe [vgl. Daude a. a. O. S. 86].

2. Zu Abs. 2: Wird der die Entmündigung aussprechende Beschluß auf die Anfechtungsklage hin aufgehoben, so steht fest, daß die Entmündigung nicht gerechtfertigt war. Nun war aber die Entmündigung nach § 603 Abs. 2 schon in Wirksamkeit getreten, und es entsteht die Frage, ob die Aufhebung ex nunc, d. h. von der Rechtskraft des Urteils an, oder ex tunc, d. h. so wirkt, als ob der Beschluß, welcher die Entmündigung ausgesprochen hatte, niemals erlassen worden wäre. Nach § 613 Abs. 2 ist zu unterscheiden zwischen den Handlungen des Entmündigten und denen des Vormundes. Die Gültigkeit jener Handlungen kann nicht mehr auf Grund des Entmündigungsbeschlusses in Frage gestellt werden; das Aufhebungsurteil wirkt in dieser Richtung ex tunc; ob die Gültigkeit dieser Handlungen aus anderen Gründen als auf Grund des Beschlusses in Frage gestellt werden kann, ist eine andere Frage. Dagegen werden die Handlungen des Vormundes von der Aufhebung nicht in ihrer rechtlichen Gültigkeit beeinträchtigt; das Aufhebungsurteil wirkt in dieser Beziehung ex nunc. Die in Vertretung des Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind sonach für den Entmündigten wirksam, wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte. Diese Sätze enthalten materielles Recht. Sie wurden in die CPrO. eingefügt, weil die Anfechtungsklage des § 605 den bestehenden Civilrechten unbekannt ist.

Andere Wirkung als die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses hat die Aufhebung der Entmündigung nach §§ 616, 620. Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 620.

§ 614.

Unterliegt der Staatsanwalt, so ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurteilen.

Ist die Klage von dem Staatsanwalte erhoben, so hat die Staatskasse in allen Fällen die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Mot. S. 373. KPr. S. 453, 464, 561.

1. Zu Abs. 1: Sind dem StA. Streitgenossen beigetreten, so ist § 95 anwendbar. Siegt der StA. als Beklagter ob, so ist der Gegner in die Kosten zu verurteilen.

Digitized by Google

2. Zu Abs. 2: Auch dem Abs. 2 gegenüber ist der § 92 als die besondere Vorschrift anwendbar, wenn ein vom Beklagten eingelegtes Rechtsmittel verworfen wird.

§ 615.

Das Prozeßgericht hat der Vormundschaftsbehörde und dem Amtsgerichte von jedem in der Sache erlassenen Endurteile Mitteilung zu machen.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 453, 464, 561.

„Prozeßgericht" — sc. in jeder Instanz. — „Vormundschaftsbehörde" — vgl. Bem. Nr. 3 zu § 600. — „Von jedem Endurteile" — nicht erst von dem rechtskräftigen Endurteile. — „Mitteilung" — sc. formlos. — Das Amtsgericht, das die Entmündigung beschlossen hatte, hat das Endurteil zu seinen Akten zu nehmen. Welche Thätigkeit das Vormundschaftsgericht zu entfalten hat, bemißt sich nach Landesrecht.

§ 616.

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes oder des Staatsanwalts durch Beschluß des Amtsgerichts.

Mot. S. 374. KPr. S. 453, 464, 561.

1. Die Wiederaufhebung der Entmündigung durch Beschluß (§ 616) und durch Urteil (§ 620) spricht nicht, wie die Aufhebung des Beschlusses nach § 613, die Ungültigkeit der Entmündigung aus, sondern erklärt die Entmündigung wegen Aufhörens des Entmündigungsgrundes für beendigt. Der Antrag kann nur darauf gestützt werden, daß der Entmündigte nicht mehr geisteskrank (nicht mehr Verschwender) sei.

2. Berechtigt zum Antrage auf Wiederaufhebung sind der Entmündigte selbst, sein Vormund und der Staatsanwalt bei dem dem Amtsgerichte vorgesetzten Landgerichte, nicht die übrigen in § 595 genannten Personen. Auf die Zurücknahme des Antrags findet Bem. Nr. 3 zu § 593 entsprechende Anwendung.

3. „Durch Beschluß des Amtsgerichts" s. Bem. Nr. 2 zu § 593.

4. Nach dem Tode des Entmündigten ist weder ein Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung noch eine Wiederaufhebungsklage (§ 620) möglich.

5. Die Vorschriften der CPrO. über Wiederaufhebung der Entmündigung beziehen sich auch auf die vor der CPrO. ausgesprochenen Entmündigungen; denn mit der rechtskräftigen Entmündigung war das frühere Verfahren zu Ende. Vgl. württ. AG. z. CPrO. Art. 40, hess. AG. z. CPrO. Art. 85.

§ 617.

Für die Wiederaufhebung der Entmündigung ist das Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Ist der Entmündigte ein Deutscher und hat er seinen Wohnsitz nur im Auslande, so kann der Antrag bei dem Amtsgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche gestellt werden, sofern die Entmündigung von einem deutschen Gerichte ausgesprochen ist.

Die Bestimmungen der §§ 596—599 finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 312, 313, 453, 464, 560.

1. Zu Abs. 1 — vgl. §§ 12—18, 40, 594 Abs. 1.

2. Zu Abs. 2 — vgl. §§ 568 Abs. 2, 594 Abs. 2.

3. Zu Abs. 3 — Die entsprechende Anwendung des § 599 ergiebt, daß die Wieder-

Digitized by Google

aufhebung der Entmündigung nicht ausgesprochen werden darf, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des Entmündigten gehört hat. Abgewiesen darf der Antrag auf Wiederaufhebung werden, ohne daß ein Sachverständiger vernommen wurde. Denn, wenn es sich bei der Entmündigung um den Nachweis der Geisteskrankheit handelt, so handelt es sich bei der Wiederaufhebung um den Nachweis des Aufhörens der Geisteskrankheit. Nun wird das Amtsgericht allerdings selten in der Lage sein, einen Wiederaufhebungsantrag ohne die Vernehmung eines Sachverständigen abzuweisen; immerhin lassen sich derartige Fälle denken, namentlich wenn der Wiederaufhebungsantrag ganz rasch nach Abweisung eines solchen Antrags wiederholt wird. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 250 bei N. 1, Petersen (2) S. 870, A. Förster N. 3, v. Sarwey II S. 53, Hellmann Komm. II S. 578 u. Lehrb. S. 911, Daude S. 94. AM. Kleiner II S. 731 und Endemann III S. 65, die auch zur Abweisung des Antrags stets die Vernehm. v. Sachverst. verlangen.]

§ 618.

Die Kosten des Verfahrens sind von dem Entmündigten, wenn das Verfahren von dem Staatsanwalte ohne Erfolg beantragt ist, von der Staatskasse zu tragen.

KPr. S. 453, 464, 561.

Wegen des Armenrechts s. Bem. Nr. 1 zu § 601.

§ 619.

Der über die Wiederaufhebung der Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und im Falle der Wiederaufhebung dem Entmündigten sowie dem Staatsanwalte von Amtswegen zuzustellen.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, steht dem Staatsanwalte die sofortige Beschwerde zu.

Die rechtskräftig erfolgte Wiederaufhebung ist der Vormundschaftsbehörde mitzuteilen.

KPr. S. 453, 464, 561.

1. Der den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung abweisende Beschluß ist nur dem Antragsteller zuzustellen; die Zustellung erfolgt von Amtswegen (§ 294). Lehnt das Amtsgericht den Antrag auf Wiederaufhebung als sachlich unbegründet ab, so findet keine Beschwerde, sondern nur die Klage aus § 620 statt; dies folgt zwar nicht daraus, daß § 530 die Beschwerde auf Entscheidungen beschränkt, wodurch ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird, denn der Antrag betrifft auch das Verfahren; wohl aber daraus, daß der § 620 für diesen Fall einen anderen Weg, nämlich die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung, vorschreibt, um das dem Amtsgerichte vorgesetzte Landgericht zur Kognition über den Beschluß des Amtsgerichts zu veranlassen. Wird dagegen der Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung vom Amtsgerichte aus prozeßrechtlichen Gründen, z. B. wegen Unzuständigkeit oder wegen Mangels der Antragsberechtigung des Antragstellers, zurückgewiesen, so findet gemäß § 530 die einfache Beschwerde statt, weil für den Fall, wo es sich zunächst nicht um die Entscheidung in der Sache selbst handelt, die Klage des § 620 nicht vorgeschrieben ist. [Im Ergebnis ebenso OLG. Jena SA. XLVI Nr. 148.] Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so hebt es den Beschluß des Amtsgerichts auf und ordnet an, daß dieses Gericht in der Sache selbst entscheide (§ 538); weist dann das Amtsgericht den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung als sachlich unbegründet zurück, so findet die Klage des § 620 statt.

Digitized by Google

2. Der die Wiederaufhebung aussprechende Beschluß ist dem Antragsteller, dem Entmündigten und dem StA. von Amtswegen zuzustellen. Nur der StA. hat die sofortige Beschwerde (§ 540); er kann den Beschluß aus prozeßrechtlichen Gründen sowie auch als sachlich ungerechtfertigt anfechten. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 535). Die Wirksamkeit des Wiederaufhebungsbeschlusses, d. i. die Beseitigung der materiellrechtlichen Wirkungen der Entmündigung, beginnt erst mit der Rechtskraft (arg. a contr. § 603 Abs. 2). Die Rechtskraft tritt ein mit Ablauf der Beschwerdefrist (§ 540) oder mit Erledigung der Beschwerde. Erst dann wird der Wiederaufhebungsbeschluß der Vormundschaftsbehörde mitgeteilt. Hebt das Beschwerdegericht den Beschluß des Amtsgerichts auf, indem es die Wiederaufhebung der Entmündigung für sachlich nicht gerechtfertigt erachtet, so findet gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts ebenso die Klage des § 620 statt, wie gegen den den Antrag auf Wiederaufhebung ablehnenden Beschluß des Amtsgerichts. Hebt aber das Beschwerdegericht den Beschluß des Amtsgerichts aus prozeßrechtlichen Gründen auf, so steht dem Antragsteller die weitere Beschwerde zu; vgl. Bem. Nr. 1.

§ 620.

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgerichte abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der dem Entmündigten bestellte Vormund und der Staatsanwalt befugt.

Will der Vormund die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606—615 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 313, 453, 464, 465, 561. Prot. der 163. Sitz. Anl. C.

1. Zu Abs. 1: Für die Klage ist keine Frist gesetzt. Die Klage kann, wie der Wiederaufhebungsantrag, nur auf das Aufhören des Entmündigungsgrundes gestützt werden; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 616. Die thatsächliche Begründung kann von der Begründung des Wiederaufhebungsantrags im einzelnen abweichen.

2. Zu Abs. 2 und 3: Der Entmündigte ist nicht, wie nach § 605 Abs. 2, selbst zur Erhebung der Klage befugt; er kann sich daher nicht selbst einen Anwalt bestellen. Aber wenn der Vormund die Klage nicht erheben will, so kann sich der Entmündigte an den Vorsitzenden des Prozeßgerichts (nicht den Vorstand des Gerichts) wenden und von diesem die Beiordnung eines Rechtsanwalts erbitten. Für dieses Gesuch ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Der Vorsitzende ist nicht, wie im Falle des § 609, zur Beiordnung genötigt, sondern kann das Gesuch abweisen. Dagegen ist einfache Beschwerde statthaft, arg. § 530. [AM. Kleiner II S. 735, Hellmann Komm. II S. 579 und Lehrb. S. 912 aus ganz unstichhaltigen Gründen; § 530 bezieht sich auch auf ein erst einzuleitendes Verfahren, und die Prozeßfähigkeit zur Beschwerde folgt aus der Fähigkeit zum Antrage auf Beiordnung. Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 252 bei N. 2, Wach Handb. I S. 539 N. 21.] — Der beigeordnete Anwalt ist gleich einem curator ad hoc für den Entmündigten. Er hat Anspruch auf die gesetzlichen Gebühren, wenn dem Entmündigten nicht das Armenrecht bewilligt ist. Er bedarf keiner Vollmacht; seine Legitimation liegt in der Beiordnung. Er kann einen anderen Rechtsanwalt zur Vertretung in der Rechtsmittelinstanz bevollmächtigen. Daher kann nicht von dem Vorsitzenden des Berufungsgerichts die Bei-

Digitized by Google

ordnung eines Anwalts verlangt werden. [Vgl. RG. 24. Mai 1888 Entsch. XXI Nr. 70 S. 369.] — § 38 der RAO. ist nicht anwendbar.

3. Zu Abs. 4: Die Klage des Vormundes und die des beigeordneten Anwalts ist gegen den StA. zu richten, die des StA. gegen den Vormund (arg. § 607 Abs. 1 und 2; KPr. S. 464 f.). — Die Personen, die s. Z. die Entmündigung beantragt hatten, sind beizuladen (arg. § 607 Abs. 2). — § 609 ist nicht anwendbar, er ist durch § 620 Abs. 2 ersetzt. — Die entsprechende Anwendung des § 163 Abs. 1 Satz 1 ergiebt, daß die Entmündigung, nicht der Entmündigungsbeschluß, wieder aufzuheben ist. § 613 Abs. 2 Satz 1 ist nicht anwendbar; denn bei der Wiederaufhebung der Entmündigung wird nicht, wie bei der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses, die Ungültigkeit der Entmündigung ausgesprochen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 616. Folglich kann auch nach der Wiederaufhebung der Entmündigung die Gültigkeit der bisherigen Handlungen des Entmündigten auf Grund des Entmündigungsbeschlusses bestritten werden. Daß die Wiederaufhebung auf die Gültigkeit der Handlungen des Vormundes keinen Einfluß hat, versteht sich von selbst.

§ 621.

Eine Person kann für einen Verschwender nur durch Beschluß des Amtsgerichts erklärt werden.

Der Beschluß wird nur auf Antrag erlassen.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 594, 595 Abs. 1, der §§ 596, 597 Abs. 1, 4 und des § 604 entsprechende Anwendung.

Eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt.

Mot. S. 309—372. KPr. S. 453, 465, 466, 561.

1. Litteratur: s. Bem. Nr. 1 vor § 593. — Die Voraussetzungen, unter denen jemand für einen Verschwender erklärt werden kann, sowie die Wirkungen der Entmündigung wegen Verschwendung bleiben unberührt. Für das gem. Recht vgl. l. 1 pr. D. de cur. fur. 27, 10; § 3 I. de cur. 1, 23; l. 1 C. de cur. fur. 5, 70; Pauli Sent. rec. III 4a § 7 und Windscheid I § 71 Nr. 5; für das preuß. Recht: ALR. II 18 §§ 349, 350, I 1 § 31, I 12 §§ 27 ff., I 5 §§ 15, 16 und Dernburg preuß. PrR. I § 76; für das bay. LR.: Cod. Max. Bav. I c. 7 § 37 Nr. 2; für das sächs. Recht: BGB. § 1987 und Kgl. sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 betr. die Entmündigung ꝛc.; für das württ. Recht: württ. Landesordn. v. 1621 Tit. 46 §§ 1—4, dazu Generalscr. v. 14. Apr. 1781 und VO. v. 19. Juni 1808 § 18. Wegen des französischen und des badischen Rechts s. Bem. zu § 10 des EG. Vgl. a. RG. Entsch. VII S. 349 und Entw. II e. BGB. §§ 14 Nr. 2, 88. Ist nach dem materiellen Rechte keine Entmündigung wegen Verschwendung zulässig, so wird sie durch die CPrO. nicht eingeführt. — Landesgesetzliche Bestimmungen über das Entmündigungsverfahren sind beseitigt. Ob Landesgesetze, die die Ermahnung zur Besserung vor der Entmündigung anordnen (z. B. Cod. Max. Bav. a. a. O., andere bay. Partikularrechte s. Bl. f. RA. LII S. 19), eine materiellrechtliche Voraussetzung der Entmündigung enthalten, in welchem Falle sie durch die CPrO. nicht berührt würden, oder zum Entm.Verfahren gehören und daher aufgehoben sind, ist zweifelhaft. Man wird die Ermahnung als eine dem obligatorischen Sühneversuch vor der Klage vergleichbare Vorstufe des Entmündigungsverfahrens zu betrachten haben, die durch Nichterwähnung in der CPrO. beseitigt ist. [Vgl. v. Amsberg KPr. S. 465 f., Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 253 bei N. 6, Siebenhaar S. 593, Endemann III S. 69, Daude S. 119, Mandry der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. S. 96 N. 4, Utting Bl. f. RA. LII S. 18 ff., 35 ff. AM. Petersen (2) S. 873, Puchelt II S. 461, v. Sarwey II S. 66, Hellmann Komm. II S. 580 f. u. Lehrb. S. 913, bay. ob. LG.

Digitized by Google

StA. XXXVIII Nr. 138.] Das württ. AG. z. CPrO. Art. 17 hat derartige Bestimmungen aufgehoben; unberührt bleiben nur diejenigen Bestimmungen, welche den Ortsbehörden die Befugnis zu Ermahnungen und Warnungen wegen Hangs zur Verschwendung einräumen.

2. Zu Abs. 1 und 2: Vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 593.

3. Zu Abs. 3: Antragsberechtigt sind die in § 595 Abs. 1 Satz 1 genannten Personen. Die in Satz 2 dieses Absatzes enthaltenen Bestimmungen (erläutert in Bem. Nr. 2 zu § 595) gelten auch für die Entmündigung wegen Verschwendung. Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, wonach andere als die im ersten Satze des § 595 genannten Personen den Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung stellen können, enthalten: das preuß. ALR. I 12 § 626 (Vertragserbe), dazu vgl. das bay. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 145; das bay. Ges. v. 27. Apr. 1869 über öffentl. Armen- und Krankenpflege § 36 Abs. 4 (der Armenpflegschaftsrat ist antragsberechtigt), bay. AG. z. CPrO. Art. 144; sächs. Ges. v. 20. Febr. 1882 § 82b (Gemeinde); sachs.-weim. AG. z. CPrO. § 6; sachs.-alt. AG. z. CPrO. § 9; sachs.-cob. AG. z. CPrO. § 7; reuß. ä. L. AG. z. CPrO. § 21; reuß. j. L. AG. z. CPrO. § 7; schwarzb.-rud. AG. z. CPrO. § 5; schwarzb.-sond. AG. z. CPrO. § 5; lipp. AG. z. CPrO. § 8 [die Gültigkeit dieses Gesetzes, das den Gemeindevorstand des Orts, wo der Verschw. s. Unterst.Wohns. hat, für antragsberechtigt erklärt, ist anerkannt v. RG. 30. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 105 S. 347; vgl. a. Ztschr. f. d. CPr. VI S. 47]; hamb. Vorm.Ordn. v. 25. Juli 1879 Art. 86. Das in der württ. Prozeßordn. v. 3. April 1868 Art. 870 vorgesehene Antragsrecht der Gemeinden ist aufgehoben, weil der Art. 34 Abs. 2 des württ. AG. zur CPrO. die Art. 1—907 der württ. Prozeßordnung ausdrücklich aufhebt. [Vgl. Gaupp II S. 254 bei N. 8 uud Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 37 N. 16.]

4. Da § 598 nicht angeführt ist, so ist die persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden nicht geboten [vgl. Bl. f. RA. XLVII S. 210. AM. Utting eod. LII S. 161 ff.]; natürlich ist sie zulässig und ratsam.

Aus § 604 entfällt das Beschwerderecht des StA.

5. Wegen Ausschlusses der Öffentlichkeit s. Bem. Nr. 3 vor § 593.

§ 622.

Die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten, anderenfalls von dem Antragsteller zu tragen.

KPr. S. 453, 466, 467, 561.

Wegen Bewilligung des Armenrechts s. Bem. Nr. 1 zu § 601.

§ 623.

Der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß ist dem Antragsteller und dem zu Entmündigenden von Amtswegen zuzustellen.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit. Der Vormundschaftsbehörde ist ein solcher Beschluß von Amtswegen mitzuteilen.

Mot. S. 373, 374. KPr. S. 453, 467, 561.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 602, 603.

2. Zu Abs. 2: Die Bestimmung, daß der die Entmündigung aussprechende Beschluß mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit tritt, entscheidet nicht bloß die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die Interdiktion mit der Zustellung oder erst mit der öffentlichen Bekanntmachung wirksam werde [vgl. Windscheid Pand. (7) I 71 N. 9b, Dernburg Pand. 4. Aufl. I § 57 N. 3, Bekker Pand. I § 51 N. c, Regelsberger Pand. I § 134

Digitized by Google

S. 486], sondern setzt auch Landesgesetze, die, wie das preuß. ALR. I 5 § 15, die Wirksamkeit der Entmündigung mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnen lassen, außer Kraft. Unmöglich ist zwar die Auslegung nicht, daß der § 623 Abs. 2 nur den Zeitpunkt festlege, vor dem die Entmündigung nicht in Wirksamkeit treten könne, unbeschadet landesgesetzlicher Bestimmungen, die die Wirksamkeit der Entmündigung gegenüber anderen Personen als dem Entmündigten noch von einer nach der Zustellung erfolgenden öffentlichen Bekanntmachung abhängig machen. Aber diese Auslegung ist doch eine gekünstelte im Vergleiche zu der nächstliegenden, wonach das Gesetz den Zeitpunkt des Beginns der Entmündigungswirkung einheitlich für das ganze Reich fixiert. Der Einwand, daß darin ein Übergriff in das materielle Recht liege, ist umsoweniger durchschlagend, als die in der CPrO. enthaltenen Vorschriften über das Entmündigungsverfahren auch sonst (z. B. §§ 603, 613) in das materielle Recht übergreifen. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 3, v. Bülow N. 1, Endemann III S. 70, Mandry S. 97 N. 9, Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 322, Koeßler eod. XXX S. 571 ff., Utting Bl. f. RA. LIII S. 49 ff., OLG. Hamm Ztschr. f. d. CPr. VII S. 546. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 255 N. 2, Petersen (2) S. 875, Hellmann Komm. II S. 581, Daude S. 131, Eccius (Förster) preuß. PrR. I § 26 N. 6. Zweifelnd Dernburg preuß. PrR. I § 77 N. 14.] Maßgebend ist die Zustellung an den Entmündigten selbst oder an seinen für das Verfahren bestellten Spezialbevollmächtigten. Die Zustellung an den Bevollmächtigten ist nicht [wie Sprenger Arch. f. c. Pr. LXXIII S. 255 ff. behauptet] wirkungslos, da eine Bevollmächtigung zulässig ist und im Zweifel auch die Ermächtigung zur stellvertretungsweisen Empfangnahme von Zustellungen enthält. Andererseits ist auch beim Vorhandensein eines Bevollmächtigten die Zustellung an den Entmündigten selbst zulässig, da § 162 nur für den Prozeß gilt, in dem es Parteien giebt. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 255 N. 1.]

Wegen Mitteilung an die Vormundschaftsbehörde vgl. Bem. Nr. 1 zu § 603.

§ 624.

Der die Entmündigung aussprechende Beschluß kann binnen der Frist eines Monats von dem Entmündigten im Wege der Klage angefochten werden.

Die Frist beginnt mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 613—615 entsprechende Anwendung.

KPr. S. 453, 467, 561.

Der § 624 Abs. 1 entspricht dem § 605 Abs. 1, 2, der § 624 Abs. 2 dem § 605 Abs. 3. Die Klage kann nur von dem Entmündigten erhoben werden. Unter Ausland im Sinne des Abs. 3 des § 624 sind auch die Schutzgebiete zu verstehen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 207]. — Die Vorschriften über Beiordnung eines Rechtsanwalts (§ 609), über Vernehmung des Entmündigten und Zuziehung von Sachverständigen (§ 612) sind hier nicht anwendbar.

§ 625.

Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag des Entmündigten oder seines Vormundes unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 616—619.

Digitized by Google

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die Entmündigung aufgehoben wird, findet nicht statt.

KPr. S. 454, 467, 561, 713.

1. Vgl. die Bemerkungen zu den §§ 616—619. — § 619 Abs. 2 ist durch § 625 Abs. 2 ersetzt. Da der Beschluß, wodurch die Entmündigung aufgehoben wird, unanfechtbar ist, so tritt die Aufhebung mit der Erlassung des Beschlusses in Kraft; der Beschluß ist erlassen, sobald sich das Gericht desselben entäußert hat. Die Entäußerung erfolgt mit der Abgabe an den Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung. Die Bestimmung des preuß. ALR. I 15 § 17 über den Zeitpunkt der Wirksamkeit des Wiederaufhebungsbeschlusses ist hierdurch aufgehoben.

2. Wegen Ausschlusses der Öffentlichkeit s. Bem. Nr. 3 vor § 593.

§ 626.

Wird der Antrag auf Wiederaufhebung von dem Amtsgerichte abgelehnt, so kann dieselbe im Wege der Klage beantragt werden.

Zur Erhebung der Klage ist der Vormund des Entmündigten befugt. Will dieser die Klage nicht erheben, so kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als Vertreter beiordnen.

Die Klage ist gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hatte, falls aber dieser verstorben, oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten.

Auf das Verfahren finden die Vorschriften der §§ 606, 608, 610, 611, 614, 615 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 374. KPr. S. 454, 467, 468, 561, 713.

1. § 626 entspricht dem § 620. Der Unterschied zwischen § 626 und § 629 besteht in folgendem: zur Erhebung der Klage ist im Falle des § 626 der Staatsanwalt nicht befugt; die Klage des Vormundes und die eventuelle Klage des dem Entmündigten beigeordneten Anwalts ist primär nicht gegen den Staatsanwalt, sondern gegen denjenigen, der die Entmündigung beantragt hat, zu richten; nur subsidiär wird der Staatsanwalt als Beklagter herangezogen.

2. Zu Abs. 1 vgl. Bem. Nr. 1 zu § 620. — Auf Abs. 2 findet Bem. Nr. 2 zu § 620 entsprechende Anwendung. — Abs. 3 stimmt mit § 624 Abs. 3 überein. — Abs. 4 stimmt mit dem § 624 Abs. 4 bis auf die Auslassung des § 613 überein. § 613 ist also auf Klage die Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Verschwendung ebensowenig wie auf die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit anwendbar; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 620.

3. Stirbt der als Antragsteller Beklagte, so wird das Verfahren unterbrochen (§ 217). § 223 ist nicht anwendbar. Das Verfahren kann nur von dem Staatsanwalte aufgenommen werden; dieser ist zur Aufnahme zu laden. [Vgl. OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 404 ff.]

§ 627.

Die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung, sowie die Wiederaufhebung einer solchen Entmündigung ist von dem Amtsgerichte öffentlich bekannt zu machen.

KPr. S. 467, 468, 561.

Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 623. In welcher Weise die Bekanntmachung zu geschehen hat, ist im Gesetze nicht bestimmt. Wo landesrechtliche Bestimmungen nicht bestehen, ist die Art und Weise der Bekanntmachung dem Ermessen des Amtsgerichts überlassen.

Digitized by Google

Siebentes Buch.

Mahnverfahren.

1. Über die geschichtliche Entwickelung des Mandatsprozesses und dessen Gestaltung nach gem. Rechte s. Mittermaier summ. Prozesse S. 191 ff., Bayer summ. Prozesse § 7 ff., Skedl das Mahnverfahren (Leipzig 1891) S. 1—108, vgl. a. Schmid Handb. III §§ 200 ff. — Über neuere partikularrechtliche Gestaltungen des Verfahrens vgl. die Mot. S. 375 f. Das Verfahren ist dem franz. Prozeßrechte unbekannt. — Litteratur zum Mahnverfahren der CPrO.: Goldenring das Mahnverfahren Ztschr. f. d. CPr. I S. 449 ff., Drechsler Arch. f. c. Pr. LXIII S. 419 ff., Meyer der Zahlungsbefehl (Berlin 1879), Peters die geschäftliche Behandlung des Mahnverfahrens (Berlin 1889), Hellmann Lehrb. S. 924 ff., Kohler Forschungen S. 130 ff., Skedl a. a. O. S. 109 ff., Pollak über die systematische Stellung des Mahnverfahrens Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 126 ff.

2. Das Mahnverfahren der CPrO. steht in historischem Zusammenhange mit dem Mandatsprozesse des gemeinen Rechts, weicht aber von diesem vielfach ab. Der Zahlungsbefehl ist dem mandatum cum clausula nachgebildet. Das gemeinrechtliche mandatum sine clausula ist durch die einstweilige Verfügung ersetzt. Das Mahnverfahren der CPrO. fällt unter den Begriff „außerordentliches Verfahren" [Drechsler Ztschr. f. d. CPr. I S. 208 f., Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 136, Wach I S. 46], gehört aber nicht unter die summarischen Kognitionen (s. Bem. Nr. 1 vor § 555).

Das Verfahren ist berechnet auf die zahlreichen Fälle, in denen ein Gläubiger genötigt ist, das Gericht anzugehen, um sich einen vollstreckbaren Titel für eine nicht bestrittene Forderung zu verschaffen. Ohne Bescheinigung des Anspruchs und ohne weitere prozessualische Voraussetzung als Qualifikation des Anspruchs nach § 628 kann jeder Gläubiger einen bedingten Zahlungsbefehl erhalten. Den Zahlungsbefehl kann der Schuldner durch Anmeldung des Widerspruchs ohne Angabe eines Grundes wirkungslos machen und dadurch das außerordentliche Verfahren beendigen. Wird aber Widerspruch nicht erhoben, so kann der Gläubiger nach Ablauf der im Zahlungsbefehle gesetzten zweiwöchigen Frist den Vollstreckungsbefehl beantragen. Der Vollstreckungsbefehl steht in seinen Wirkungen einem auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich, ist kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar, unterliegt aber dem Einspruche (§§ 639, 640).

Das Mahnverfahren ist für keine Art von Ansprüchen obligatorisch. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Mahn- und dem ordentlichen Verfahren. Die Motive S. 379 enthalten folgende Bemerkung:

„Schließlich regen Erfahrungen aus Bayern und Württemberg die Frage an, ob sich

Digitized by Google

eine Vorschrift empfiehlt, welche dem Gläubiger den Mehraufwand an Kosten zur Last legt, wenn er oder sein Vertreter zur Erzielung höherer Gebühren eine Sache im ordentlichen Verfahren anhängig macht, welche nach freiem Ermessen des Gerichts als unstreitig durch Zahlungsbefehl hätte erledigt werden können. Der Entwurf hat davon Abstand genommen, indem er dem Gläubiger ein volles und unbeschränktes Recht, die Prozedur zu wählen, beimißt, die Schwierigkeiten einer Prüfung ex post für groß und nötigenfalls die Bestimmung des § 85 (jetzt 87) für ausreichend erachtet. Ausschreitungen der berührten Art wird im Disziplinarwege entgegenzutreten sein."

In der That bietet die Befugnis, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob gewisse Kosten des Rechtsstreits zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren, eine Handhabe, um die Mehrkosten, die durch die Wahl des ordentlichen, statt des Mahnverfahrens erwachsen sind, von den vom Gegner zu erstattenden Kosten auszuschließen; das Gesetz ist weit genug gefaßt, um jene Prüfung auch auf die Frage, ob nicht eine unnötig kostspielige Prozeßart gewählt ist, zu erstrecken. Auch gegenüber dem Auftraggeber kann dem Anwalte nach Umständen die Mehrgebühr gestrichen werden, wenn jener nicht den ordentlichen Prozeß verlangte. Allerdings kann nicht schon deswegen, weil das Verfahren im ordentlichen Prozesse zu einem Versäumnisurteile gegen den Beklagten führte, angenommen werden, daß das Mahnverfahren hätte angewendet werden sollen; aber es sind Fälle denkbar — z. B. die Einklagung einer Zinsrate, nachdem frühere Raten stets ohne Streit gezahlt wurden — in denen die Wahl des ordentlichen Prozesses ganz offenbar unnötige Kosten verursacht. Auch die ehrengerichtliche Bestrafung des Anwalts ist möglich, wenn sich derartige Fälle wiederholen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 zu § 628, Gaupp II S. 260 bei N. 8, 9, A. Förster N. 2 zu § 628. AM. Wilm. Levy N. 3 zu § 628, Goldenring S. 454, Skedl S. 169.]

Das Mahnverfahren ist für alle Ansprüche auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen ohne Rücksicht auf den Wert der Leistung und auf die Natur des dem Anspruche zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zugelassen. [Vgl. RG. 17. Sept. 1889 Entsch. XXIV Nr. 40 S. 198, wo ausgesprochen ist, daß das Mahnverfahren auch für die nach GVG. § 70 zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehörigen Ansprüche zulässig ist.]

Die Kosten des Mahnverfahrens können dem Gläubiger, der nach erhobenem Widerspruche obsiegt, niemals als unnötige überbürdet werden, selbst wenn der Anspruch bereits außergerichtlich bestritten war.

Die Zustellungen im Mahnverfahren unterliegen den Regeln der §§ 152 ff. Eine Verhandlung im Sinne des § 119 findet nicht statt.

Die §§ 628—643 setzen die Einführung eines Mahnregisters voraus. Dieses bildet die Gerichtsakten über die sämtlichen Mahnverfahren bei dem Gerichte. Die gerichtlichen Verfügungen konzentrieren sich auf das dem Gläubiger zuzufertigende Original des Zahlungsbefehls. Die erforderlichen Anordnungen über die Einrichtung des Mahnregisters sind Sache der Justizverwaltung. Für Preußen s. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 und das Formular Nr. 5 (JMBl. 1879 Anl. I zu Nr. 32). Für Bayern: JME. v. 7. Juli 1879 (JMBl. S. 314). Für Württemberg: Dienstvorschriften für die Amtsgerichte v. 30. Sept. 1879 § 9 der Beilage.

3. Auf das Mahnverfahren haben die Gerichtsferien keinen Einfluß (GVG. § 204).

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 37 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881 (2/10 für Entscheidung über das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls und 2/10 für Entscheidung über das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls); ferner GO. f. RA. § 88.

Digitized by Google

§ 628.

Wegen eines Anspruchs, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, ist auf Gesuch des Gläubigers ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen.

Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

Mot. S. 375—381. EPr. S. 315—319, 561.

1. Zu Abs. 1: „Anspruch, welcher — zum Gegenstande hat." Die Bem. Nr. 1 litt. a—c zu § 555 finden hierher entsprechende Anwendung. Auch Ansprüche auf alternative Leistung eignen sich unter der in Bem. Nr. 1 litt. b zu § 555 erwähnten Voraussetzung zum Mahnverfahren. Ebenso hypothekarische Ansprüche gegen den Drittbesitzer, wenn nach dem betr. Hypothekenrechte die Klage auf Zahlung geht (darüber s. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 555); die Androhung der Zwangsvollstreckung und später die Vollstreckbarkeitserklärung ist dem Objekte nach auf das verpfändete Grundstück zu beschränken. [So auch nordd. Prot. S. 1196, Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 261 N. 1, Petersen (2) S. 881. AM. Goldenring Ztschr. f. d. CPr. I S. 461.] — Ansprüche, für die, wenn sie durch Klage geltend gemacht würden, die Landgerichte ausschließlich zuständig wären, sind vom Mahnverfahren nicht ausgeschlossen [RG. 17. Sept. 1889 Entsch. XXIV Nr. 40 S. 198].

2. Zu Abs. 2: „Wenn — abhängig ist." Hierdurch ist die in Bem. Nr. 1 litt. d zu § 555 in Bezug auf den Urkundenprozeß erörterte Streitfrage für das Mahnverfahren dahin entschieden, daß Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen auf „Leistung Zug um Zug" sich nicht zum Mahnverfahren eignen (vgl. nordd. Prot. S. 1196, 1254). Ein Anspruch aus einem zweiseitigen Vertrage kann also im Mahnverfahren nur geltend gemacht werden, wenn entweder in dem Zahlungsbefehle die Vorleistung von Seite des Gläubigers behauptet ist oder wenn nach der Darstellung des Gläubigers der Schuldner seinerseits mit der Leistung an den Kläger voranzugehen hat, z. B. wenn der Gläubiger behauptet, Wertpapiere gegen Zahlung drei Monate nach Lieferung gekauft zu haben. Bescheinigen muß der Kläger die Behauptung, daß er bereits erfüllt habe, ebensowenig wie andere Behauptungen, mit denen er sein Gesuch begründet. — Abs. 2 bezieht sich weder auf Ansprüche aus den sog. contractus bilaterales inaequales noch auf Ansprüche, durch deren Erfüllung ein Recht des Schuldners auf Quittung, auf Zurückgabe des Schuldscheins oder Wechsels, auf Hypothekenlöschung u. dgl. entsteht. Derartige Ansprüche eignen sich zum Mahnverfahren.

„Wenn die Zustellung — erfolgen müßte." Wegen Zustellung im Auslande s. §§ 182—185; unter Ausland sind hier auch die Schutzgebiete zu verstehen; wegen öffentlicher Zustellung s. §§ 186—189. Das Gesuch ist abzuweisen, wenn gleichzeitig die Zustellung im Auslande oder die öffentliche Zustellung beantragt wird oder nach dem Inhalte des Gesuchs erforderlich erscheint. Wird nach Erlassung des Zahlungsbefehls dessen Zustellung im Auslande oder die öffentliche Zustellung beantragt, so ist dieser Antrag abzuweisen. Der Zahlungsbefehl bleibt in den Händen des Gläubigers, der aber nichts damit anfangen kann, bis etwa der Schuldner zurückkehrt.

3. Die Verbindung mehrerer selbständiger Ansprüche gegen denselben Schuldner

Digitized by Google

in einem Gesuche und in einem Zahlungsbefehle ist zulässig (KPr. S. 318, 319. Vgl. a. Mot. S. 382). Die Verbindung mehrerer Ansprüche eines oder mehrerer Gläubiger gegen mehrere Schuldner ist zulässig, wenn die Voraussetzungen der §§ 56, 57 gegeben sind. [Vgl. preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 8, Skedl S. 153 ff.] Bei Verbindung mehrerer Ansprüche gegen mehrere Gläubiger kann § 36 Nr. 2—4 anwendbar sein; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 629.

§ 629.

Die Zahlungsbefehle werden von den Amtsgerichten erlassen.

Ausschließlich zuständig ist das Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche Gerichtsstand oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären.

Mot. S. 381. KPr. S. 315—319, 561.

1. Die Erlassung des Zahlungsbefehls gehört ohne Rücksicht auf die Höhe des Anspruchs vor die Amtsgerichte (Mot. S. 381). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts für die einzelne Sache sollte nach dem Entwurfe durch die Vorschriften der CPrO. über den allgemeinen und besonderen Gerichtsstand bestimmt werden. In der JK. d. RT. wurde beschlossen, nur den allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners (§§ 13—20) und für Ansprüche der in §§ 25 und 27 bezeichneten Art, sofern sich diese Ansprüche zum Mahnverfahren eignen, den Gerichtsstand der belegenen unbeweglichen Sache zuzulassen. Für die hypothekarische Klage gegen den Drittbesitzer auf Zahlung (über die Qualifikation dieses Anspruchs zum Mahnverfahren s. Bem. Nr. 2 zu § 628 in Verb. m. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 555) ist der Gerichtsstand des § 25 begründet. Dieser Gerichtsstand ist ausschließlich für die Klage, folglich auch für den Zahlungsbefehl. Zwischen dem Gerichtsstande des § 27 und dem allgemeinen Gerichtsstande hat der Gläubiger die Wahl. Treffen die Voraussetzungen des § 36 Nr. 1—4, 6 zu, so ist auch die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht möglich. Bei Anwendung des § 36 Nr. 2 ist zu beachten, daß im Mahnverfahren kein besonderer Gerichtsstand außer dem Gerichtsstande der §§ 25, 27 in Frage kommt. [Für die Anwendbarkeit des § 36: Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy (6) N. 4, Gaupp II S. 263 bei N. 2, Goldenring S. 462 f., Skedl S. 170 f. Dagegen hat das RG. 13. Apr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 106 S. 404 entschieden, daß der § 36 Nr. 3 für das Mahnverfahren nicht anwendbar sei, weil im Mahnverfahren kein „Rechtsstreit" vorliege. Diese Entscheidung dürfte unrichtig sein; das Mahnverfahren ist ein Rechtsstreit im Sinne des § 36.]

2. Über Abweisung des Gesuchs wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 631. Wird der Mangel der Zuständigkeit von dem Amtsgerichte nicht beachtet und der Zahlungsbefehl von einem nicht zuständigen Gerichte erlassen, so kann der Schuldner nach Erhebung der Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl und auch noch nach Erhebung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl die Unzuständigkeit rügen und die Abweisung wegen Unzuständigkeit verlangen. Vgl. dazu Bem. Nr. 3 litt. b zu § 636. Wenn aber kein Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl und kein Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl erhoben wird, so ist auch der von einem unzuständigen Gerichte erlassene Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl gültig.

3. Die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen (§§ 41—49) finden auf das Mahnverfahren entsprechende Anwendung. [Vgl. Goldenring § 464.]

Digitized by Google

§ 630.

Das Gesuch muß enthalten:

1) **die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;**
2) **die Bezeichnung des Gerichts;**
3) **die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;**
4) **das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls.**

Mot. S. 381. KPr. S. 320, 561.

1. Die in § 630 aufgeführten Erfordernisse sind wesentlich. Sie entsprechen den Erfordernissen der Klageschrift (§ 230). Zu Nr. 1 bis 3 vgl. Bem. Nr. 3 Ziff. I bis IV zu § 230. „Grund des Anspruchs" hat die gleiche Bedeutung, wie in § 230 Nr. 2, bedeutet also das Rechtsverhältnis, woraus der Anspruch hergeleitet wird; die Thatsachen, woraus das Rechtsverhältnis entsteht, brauchen nicht angeführt zu werden. Das Rechtsverhältnis muß bei dem Gesuche um den Zahlungsbefehl ebenso individualisiert werden, wie bei der Klage. Es genügt also z. B. nicht die Angabe der Gesuchsteller habe 100 ℳ Kaufgeld zu fordern; vielmehr ist das Vertragsverhältnis durch Bezeichnung des Kaufgegenstandes, nach Umständen auch durch Angabe der Zeit der Lieferung u. dgl. zu kennzeichnen. — Unter Betrag ist die Haupt- und die Nebensache zu verstehen. Zur Angabe eines Zinsbetrags genügt die Angabe des dies a quo und des Prozentsatzes. Ein Antrag auf Kostenerstattung ist nicht erforderlich.

2. Das Gesuch kann schriftlich eingereicht, es kann mündlich vorgetragen werden. Ein Protokoll wird nicht errichtet (§ 642). Das in § 22 Abs. 3 der preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. vorgesehene Verfahren — der Gesuchsteller entwirft den Zahlungsbefehl unter Benutzung eines Formulars und übergiebt ihn zur Vollziehung — — entspricht dem Gesetze; denn es kommt nur darauf an, dem Gerichte die zum Inhalte des Zahlungsbefehls erforderlichen Angaben auf irgend welche Weise an die Hand zu geben.

3. Der Ausländer hat im Mahnverfahren dem Gegner keine Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten (s. Bem. Nr. 2 zu § 102), wohl aber den erhöhten Gebührenvorschuß (GKG. § 85) zu zahlen. Der Ausländer ist nicht verbunden, bei der Stellung des Gesuchs oder bei der Zustellung des Zahlungsbefehls einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen; denn diese Verpflichtung tritt nach § 161 Abs. 1 erst mit Zustellung eines Schriftsatzes ein, der Zahlungsbefehl ist aber kein Schriftsatz im Sinne des § 161.

§ 631.

Entspricht das Gesuch nicht den Bestimmungen der vorstehenden Paragraphen oder ergiebt sich aus dem Inhalte des Gesuchs, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist, so wird dasselbe zurückgewiesen.

Das Gesuch ist auch dann zurückzuweisen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Teils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.

Eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung findet nicht statt.

Mot. S. 381, 382. KPr. S. 320, 561.

1. Zu Abs. 1: a) Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen und die besonderen Voraussetzungen des Mahnverfahrens gegeben sind. Zu jenen gehört die Prozeßfähigkeit (§§ 50—55) des Gesuchstellers, die Legitimation des Gesuchstellers als gesetzlicher Vertreter der Partei (§§ 50, 54), die Zuständigkeit des Gerichts, die Zulässigkeit des Rechtswegs; die besonderen Voraussetzungen ergeben sich aus

Digitized by Google

den §§ 628, 629 Abs. 2, 630. Über die allgemeinen Voraussetzungen hat der Gesuchsteller dem Gerichte nach Umständen die nötigen Angaben zu machen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Hellmann Lehrb. S. 927, Goldenring a. a. O. S. 472, Skedl S. 113, 152 f. AM. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 265 bei N. 1; diese betonen, daß das Gericht auf Grund des Inhalts des Gesuchs zu entscheiden habe, und folgern daraus, daß eine Zurückweisung nur erfolgen könne, wenn aus dem Gesuche selbst der zu berücksichtigende Mangel hervorgehe. Allerdings wird das Gericht, wenn sich keine Bedenken aus dem Inhalte des Gesuchs ergeben, zu einer näheren Prüfung nicht veranlaßt sein; aber wenn sich Bedenken ergeben, so muß das Gericht nähere Angaben fordern und eventuell das Gesuch zurückweisen.] Wegen Entbehrlichkeit der Vollmacht s. § 643.

b) Das Gericht hat ferner von Amtswegen zu prüfen, ob sich nach dem Inhalte des Gesuchs der Anspruch auf sofortige Zahlung oder Leistung als begründet darstellt.

Ergiebt sich, daß ein Mangel in den Prozeßvoraussetzungen besteht oder daß der Anspruch nach dem Inhalte des Gesuchs nicht oder zur Zeit nicht begründet ist, so ist das Gesuch zurückzuweisen. Die Zurückweisung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Zulässigkeit einer mündlichen Zurückweisung ist zwar im Gesetze nicht ausgesprochen, aber bei der Formlosigkeit des Verfahrens wohl nicht zu beanstanden. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 266 bei N. 2, Puchelt II S. 470, Endemann III S. 88. AM. Struckm. Koch N. 1 Abs. 2, Petersen (2) S. 885, A. Förster N. 3. Die bayer. Dienstesvorschr. f. d. Gerichtsschreibereien § 35 Abs. 4 erwähnen die mündliche Verkündung als zulässig; ebenso die bad. VO. betr. die Einrichtung der Gerichtsschr. und die Dienstverhältnisse des Gerichtsschreiberpers. § 79. Die preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsgerichte § 22 Abs. 3 bestimmen: „Zurückweisende Verfügungen werden von dem Richter regelmäßig (?) auf dem Protokoll oder Gesuche niedergeschrieben oder in Urschrift ausgereicht." Ähnlich die württ. Min.Verf. betr. das Mahnregister § 9. Die preuß. und die württ. Verordnung scheinen Schriftlichkeit der Verfügung zu verlangen; sie haben nur instruktionelle Bedeutung.] Die mündliche Zurückweisung setzt die Anwesenheit des Gesuchstellers voraus. Die schriftliche Zurückweisung ist dem Gesuchsteller nicht förmlich zuzustellen, sondern formlos auszuhändigen. Die Angabe des Grundes der Zurückweisung ist zwar nicht geboten, aber für den Richter, der seines Amtes mit gebührender Rücksicht auf die Interessen der Rechtsuchenden walten will, kaum zu umgehen.

Die Zurückweisung ist weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig. Es steht nichts im Wege, daß der Gesuchsteller das Gesuch in verbesserter Gestalt wiederhole. Auch wenn bei der Wiederholung die Sachlage genau ebenso wie bei der früheren Zurückweisung gestaltet sein sollte, ist das Gericht nicht gehindert, dem zweiten Gesuche stattzugeben; es kann sich über die Zulässigkeit eine andere Ansicht gebildet haben.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Durch eine teilweise Zurückweisung würde der Anspruch unter Umständen in zwei Prozesse zersplittert, — deren einer durch das Mahnverfahren, der andere durch den ordentlichen Prozeß ohne Garantie für ein übereinstimmendes Resultat getrieben, bei gewissen Nebenforderungen sogar die weitere Verfolgung desselben gehindert würde. (Preuß. ALR. I 11 § 845 ff.)

Auf den Fall, wo verschiedene selbständige Ansprüche in Frage stehen, ist § 631 Abs. 2 nicht zu beziehen, indem das Gesetz zwischen Teil eines Anspruchs und mehreren Ansprüchen unterscheidet (§ 273)."

Die Zurückweisung des Gesuchs muß auch erfolgen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung des Hauptanspruchs, nicht aber in Ansehung des auf demselben Klagegrunde beruhenden Nebenanspruchs — und umgekehrt — erlassen werden könnte.

3. Zu Abs. 3: Dem zurückgewiesenen Gesuchsteller bleibt der Weg der Klage offen.

Digitized by Google

§ 632.

Der Zahlungsbefehl enthält die im § 630 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außerdem den Befehl an den Schuldner, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben.

Mot. S. 382, 383. KPr. S. 320, 321, 561.

1. Der Zahlungsbefehl nimmt den wesentlichen Inhalt des Gesuchs (§ 630 Nr. 1—3) in sich auf; denn das Gesuch selbst wird nicht zugestellt. Wegen Bezeichnung der Parteien vgl. preuß. JMV. v. 17. Dez. 1883 (JMBl. S. 363). Außerdem muß der Zahlungsbefehl den in § 632 bezeichneten Befehl an den Schuldner enthalten. Die Frist von zwei Wochen wird nach § 200 berechnet, sie beginnt vom Tage der Zustellung (vgl. § 198). Die Frist ist keine Notfrist; daher giebt es keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen deren Versäumung (arg. § 211). Vom Gerichte kann die Frist weder abgekürzt noch verlängert werden (arg. § 202 Abs. 2); durch Vereinbarung der Parteien könnte die Frist abgekürzt oder verlängert werden (arg. § 202 Abs. 1), aber von dieser Möglichkeit wird in der Praxis kein Gebrauch gemacht. Thatsächlich kann der Gläubiger die Frist dadurch verlängern, daß er den Antrag auf Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht sofort nach Ablauf der Frist, sondern erst später stellt (arg. § 634 Abs. 1). Die Gerichtsferien haben auf den Beginn und den Lauf der Frist keinen Einfluß (GVG. § 204). Der Betrag dessen, was der Gläubiger in Haupt- und Nebensache beansprucht, muß sich aus dem Gesuche (§ 630 Nr. 3) und folglich auch aus dem Zahlungsbefehle ergeben. Der Betrag der Kosten, die durch das Mahnverfahren entstanden sind, ist in dem Zahlungsbefehle ziffernmäßig anzugeben, wodurch ein besonderes Festsetzungsverfahren erübrigt wird. Als solche Kosten sind nicht bloß die Gerichtskosten (Gerichtsgebühr und Schreibgebühr), sondern auch die dem Gläubiger sonst erwachsenen Kosten, z. B. die Kosten für Vertretung, die liquidierten Reisekosten, zu betrachten. Bei der Festsetzung der von dem Schuldner zu erstattenden Kosten ist § 87 anzuwenden, woraus sich ergiebt, daß nur die notwendigen Kosten (im Sinne des § 87 Abs. 1) zur Erstattung kommen, daß aber die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts stets als notwendige Kosten zu behandeln sind. Hat der Gläubiger es unterlassen, ihm erwachsene Kosten bei Anbringung des Gesuchs um den Zahlungsbefehl zu liquidieren, so kann er dies bei dem Gesuche um Erlassung des Vollstreckungsbefehls nachholen (arg. § 639).

2. Mangelt es dem sich als Zahlungsbefehl bezeichnenden Dekrete an einem gesetzlichen Erfordernisse, so kann der Gläubiger vor der Zustellung die Ergänzung verlangen. Stellt er aber das mangelhafte Dekret zu, so treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht ein und der Gläubiger kann keinen Vollstreckungsbefehl erwirken, denn der dem Zahlungsbefehl beizufügende Vollstreckungsbefehl (§ 639) setzt voraus, daß ein gerichtliches Dekret vorliegt, das inhaltlich ein Zahlungsbefehl ist. [AM. wie es scheint Gaupp II S. 267 bei N. 3.] Nur das Fehlen der Angabe des Kostenbetrags beeinträchtigt die Gültigkeit des Zahlungsbefehls nicht, weil die Kostenberechnung nach § 639 nachgeholt werden kann.

Daß der Zahlungsbefehl nicht mit dem Inhalte des Gesuchs übereinstimmt, kann entweder darauf beruhen, daß ein Versehen des Gerichts im Ausdrucke des Gewollten (Schreibfehler ꝛc., vgl. Bem. Nr. 1 zu § 290) unterlief, oder darauf, daß das Gericht, unter

Digitized by Google

Verletzung der Vorschrift des § 632 absichtlich einen anderen als den verlangten Zahlungsbefehl erließ. Unterlief ein Versehen der angegebenen Art, so kann es nachträglich von Amtswegen oder auf Antrag berichtigt werden (vgl. Bem. Nr. 5 zu § 290). Ist der Zahlungsbefehl noch nicht zugestellt, so kann er dem Gläubiger abverlangt und berichtigt oder durch eine berichtigte Ausfertigung ersetzt werden. Ist der Zahlungsbefehl schon zugestellt, so hat das Gericht die Urschrift und die zugestellte Abschrift von den Parteien einzufordern, die Berichtigung darauf zu vermerken und die berichtigten Schriftstücke den Parteien von Amtswegen zuzustellen. Nach Analogie des § 290 Abs. 3 dürfte gegen Abweisung eines Berichtigungsantrags keine Beschwerde, gegen die Berichtigung aber die sofortige Beschwerde stattfinden, unbeschadet des Rechts des Schuldners, gegen den berichtigten Beschluß Widerspruch zu erheben. Wäre die Differenz zwischen dem Gesuch und dem erlassenen Zahlungsbefehl eine vom Gerichte gewollte, was in der Praxis kaum vorkommen wird, so läge darin einerseits eine verkappte Abweisung des Gesuchs um den erbetenen Zahlungsbefehl, wogegen dem Gesuchsteller kein Rechtsmittel zusteht (arg. § 631 Abs. 3), andererseits wäre aber doch ein, wenn auch unter Verletzung des § 632 erlassener, Zahlungsbefehl vorhanden, dessen Zustellung die gewöhnlichen Wirkungen hat. Es könnte also nach Ablauf der Widerspruchsfrist der Vollstreckungsbefehl verlangt werden.

Ist in dem Gesuche um den Zahlungsbefehl ein Schreib- oder Rechnungsfehler oder eine ähnliche offenbare Unrichtigkeit unterlaufen, z. B. es ist der Name des Schuldners falsch geschrieben oder der Betrag der einzelnen Rechnungsposten falsch addiert, und der Zahlungsbefehl reproduziert dieses Versehen, so kann eine Berichtigung ebensogut stattfinden, wie in dem oben in Abs. 2 besprochenen Falle, wo das Versehen nur dem Gerichte zur Last fällt; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 290. [Vgl. Schultzenstein Ztschr. f. d. CPrO. XV S. 76 ff., Struckm. Koch (6) N. 6, Wilm. Levy (6) N. 5 zu § 632. AM. Gaupp II S. 268 bei N. 4.] Natürlich kann der Gläubiger, solange der Zahlungsbefehl nicht zugestellt ist, auch einen anderen Zahlungsbefehl verlangen; dabei werden ihm aber die durch den ersten Zahlungsbefehl entstandenen Kosten zur Last bleiben.

Ist der Gläubiger vor der Zustellung des Zahlungsbefehls gestorben, so kommt es darauf an, ob ein Bevollmächtigter des Gläubigers vorhanden ist oder nicht. Ist ein Bevollmächtigter vorhanden, so kann der Zahlungsbefehl zugestellt werden, weil die Vollmacht nicht durch den Tod des Vollmachtgebers erlischt (§ 82). Ist kein Bevollmächtigter vorhanden und wird die Zustellung gleichwohl ausgeführt, indem der Gerichtsschreiber und der Gerichtsvollzieher das Ableben des Gläubigers nicht erfährt, so ist sie wirkungslos.

Ist der Schuldner vor der Zustellung des Zahlungsbefehls gestorben, so ist die Zustellung unausführbar; eine Zustellung an die Erben wäre wirkungslos. Der Gläubiger kann einen neuen Zahlungsbefehl gegen die Erben verlangen.

Über Unterbrechung des Verfahrens nach Zustellung des Zahlungsbefehls s. Bem. Nr. 3 zu § 633.

§ 633.

Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein.

Mot. S. 388. KPr. S. 321, 561.

1. Der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner nicht von Amtswegen, sondern auf Betreiben des Gläubigers zugestellt. Die Zustellung erfolgt nach den Regeln der §§ 152 ff.

Dem Gläubiger ist der Zahlungsbefehl überhaupt nicht zuzustellen. Hat der Gläubiger erklärt, selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung an den Schuldner beauftragen zu wollen, so hat er die Urschrift des Zahlungsbefehls auf der Gerichtsschreiberei abzuholen

Digitized by Google

oder dafür zu sorgen, daß sie ihm von der Gerichtsschreiberei zugesandt wird. Hat der Gläubiger jene Erklärung nicht abgegeben, so hat der Gerichtsschreiber nach §§ 152, 154 einen Gerichtsvollzieher oder Postboten (§ 179) mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner zu beauftragen. Der Gerichtsvollzieher behändigt die Urschrift des Zahlungsbefehls nebst der Zustellungsurkunde stets dem Gläubiger. Hat der Gerichtsschreiber gemäß § 179 direkt durch die Post zugestellt, so läuft die Zustellungsurkunde des Postboten an den Gerichtsschreiber zurück, der sie nebst der Urschrift des Zahlungsbefehls dem Gläubiger zur Verfügung stellt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 268, Petersen (2) S. 887, A. Förster N. 4 zu § 632, Goldenring a. a. O. S. 475, Meyer Zahlungsbefehl S. 14, Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 422 u. a.; preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. 4, bay. Dienstinstr. f. d. Gerichtsschr. § 35, bad. VO. betr. die Einrichtung der Gerichtsschr. § 80. — Skedl S. 161 hält den § 154 nicht für anwendbar, während er im übrigen mit der vorgetragenen Ansicht übereinstimmt. Die ganz irrtümliche Ansicht, daß der Zahlungsbefehl zunächst dem Gläubiger von Amtswegen zuzustellen sei, findet sich bei Endemann III S. 91, Kleiner II S. 747, v. Sarwey II S. 78.]

2. „Wirkungen der Rechtshängigkeit" — s. §§ 235, 236, 239 nebst den Bemerkungen. Die Befugnis des Beklagten, eine Widerklage zu erheben, beginnt erst, wenn der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben ist, weil sonst die Sache nicht zur mündlichen Verhandlung kommt; vgl. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 33 und Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 43. Über Hauptintervention im Mahnverfahren s. Bem. Nr. 3 litt. a zu §§ 61, 62; über Nebenintervention s. Bem. Nr. 3 I zu § 63. — Über Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls s. Bem. Nr. 7 zu EG. § 13.

Die Wirkungen der Rechtshängigkeit kann der Gläubiger dadurch beseitigen, daß er dem Schuldner einen Schriftsatz zustellt, worin er erklärt, daß er die in der Zustellung des Zahlungsbefehls gelegene Klage zurücknehme (arg. 243 Abs. 2). Die Zurücknahme ist ohne Einwilligung des Schuldners bis zu dem in § 243 Abs. 1 angegebenen Zeitpunkte möglich; sie ist auch nach Erwirkung des Vollstreckungsbefehls möglich, solange noch Einspruch zulässig ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 269, Petersen (2) S. 888, A. Förster N. 2d, Goldenring S. 477, 479, Skedl S. 120.]

3. Die Vorschriften der §§ 217—220, 222—227, 229 über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens finden, wie alle im allgemeinen Teile der CPrO. enthaltenen Vorschriften, auf das Mahnverfahren nach Zustellung des Zahlungsbefehls entsprechende Anwendung; wären sie nicht anwendbar, so würde sich mindestens für die Fälle der Unterbrechung eine unerträgliche Lücke im Gesetze ergeben, da trotz des Todes der unvertretenen Partei oder trotz des Eintritts der Prozeßunfähigkeit, des Konkurses oder des Gerichtsstillstandes die Fristen zur Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl oder zur Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl ablaufen würden. Wird das Verfahren unterbrochen oder ausgesetzt, so hört der Lauf der Fristen zur Erhebung des Widerspruchs (§ 632), zur Erhebung der Klage im Falle des § 637 und zur Einlegung des Einspruchs (§§ 640, 304) auf; nach Beendigung der Unterbrechung oder der Aussetzung beginnt die volle Frist von neuem zu laufen; die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung (§ 226). Daß das unterbrochene oder ausgesetzte Mahnverfahren durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227) aufgenommen werden kann, unterliegt keinem Bedenken. Auch die Anwendung der Vorschriften des § 219 über Beendigung der Unterbrechung ist glatt. Nicht ganz unbedenklich ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 217 (vgl. § 223 Abs. 2, KO. § 8)

Digitized by Google

darüber, wie der Gegner der Partei, auf deren Seite der Unterbrechungsgrund eingetreten ist, die Unterbrechung beendigen kann; denn die hier vorgeschriebene Ladung zur Aufnahme paßt nicht recht in das vor Erhebung des Widerspruchs ohne Termin verlaufende Verfahren. Man könnte als entsprechende Anwendung die Zustellung einer richterlichen Fristbestimmung zur Erklärung über die Aufnahme unter dem Rechtsnachteile, daß die Aufnahme als vollzogen gelte, ausdenken; aber ein derartiges Verfahren müßte doch wohl im Gesetze besonders vorgesehen sein. So wird man sich in den angegebenen Fällen doch mit der Ladung zur Aufnahme behelfen müssen. [Daß die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens auf das Mahnverfahren entsprechende Anwendung finden, wird in den meisten Kommentaren sowie von Goldenring S. 467, Skedl S. 150, Kohler Prozeß als Rechtsverh. S. 90 N. ***, Hachenburg bad. Ann. LIV S. 235 ff., sowie in den in der Ztschr. f. d. CPr. VI S. 514, VII S. 560 angeführten Entscheidungen angenommen; über die Art, wie sich die entsprechende Anwendung gestaltet, bestehen jedoch mancherlei Meinungsverschiedenheiten. Gaupp (2) II S. 269 f. vertritt, abweichend von der 1. Aufl., die unhaltbare Ansicht, daß die Bestimmungen über die Unterbrechung auf das Mahnverfahren erst nach Erhebung des Widerspruchs Anwendung finden können. Sollte wirklich die Widerspruchsfrist oder die Einspruchsfrist den Erben des Schuldners ruhig ablaufen, ohne daß diese von dem Verfahren überhaupt erfuhren?]

§ 634.

Der Schuldner kann gegen den Anspruch oder einen Teil desselben Widerspruch erheben, solange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntnis zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu erteilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

Mot. S. 383, 384. KPr. S. 316, 321—324, 561.

1. Der Schuldner kann Widerspruch gegen den Anspruch oder gegen einen von mehreren im Zahlungsbefehle verbundenen Ansprüchen oder gegen einen Teil eines Anspruchs oder gegen einen Neben- (z. B. Zins-)Anspruch erheben. Erhebt er einfach Widerspruch, ohne eine Beschränkung beizufügen, so richtet sich der Widerspruch gegen den ganzen Inhalt des Zahlungsbefehls. Der Widerspruch wird durch formlose, schriftliche oder mündliche Erklärung bei dem Amtsgerichte erhoben, das den Zahlungsbefehl erlassen hat. Im Mahnregister ist die Erhebung des Widerspruchs vorzumerken. Der Widerspruch bedarf keiner Begründung. Wird eine Begründung vorgetragen, so ist sie, weil unerheblich, nicht im Mahnregister zu vermerken. Zur Erhebung des Widerspruchs bedarf es nicht des Nachweises einer Vollmacht (§ 643), woraus sich ergiebt, daß auch der Widerspruch eines Nichtbevollmächtigten die Erlassung des Vollstreckungsbefehls thatsächlich hindern kann. Erklärt der Schuldner hintendrein selbst bei Gericht, daß er zum Widerspruch keine Vollmacht erteilt habe, so wirkt dies wie eine Zurücknahme des Widerspruchs (s. Bem. Nr. 3 zu § 635).

Durch Ablauf der Widerspruchsfrist (§ 631) wird die Erhebung des Widerspruchs noch nicht ausgeschlossen, auch noch nicht dadurch, daß das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl schon bei Gericht bereits angebracht ist, sondern erst dadurch, daß der Vollstreckungsbefehl verfügt ist. Verfügt ist der Vollstreckungsbefehl, wenn er vom Richter unterschrieben und aus der Hand gegeben ist, also schon bei Auslieferung an die Kanzlei, nicht

Digitized by Google

erst mit dessen Aushändigung an den Gläubiger, geschweige denn erst mit der Zustellung an den Schuldner.

2. Zu Abs. 2: Der Gläubiger ist von Amtswegen von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntnis zu setzen. Die Form der Zustellung ist nicht vorgeschrieben. Eine Abschrift der Widerspruchserklärung wird nicht mitgeteilt. — Die Bescheinigung über Erhebung des Widerspruchs wird nur auf Verlangen erteilt, nach preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 22 Abs. durch den Gerichtsschreiber. Wegen Versagung der Bescheinigung ist Beschwerde (§§ 530, 539) zulässig.

3. Zu Abs. 3: Auf einen nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruch wird nicht verfügt. Der Schuldner kann seiner Zeit aus der Zustellung des Vollstreckungsbeschlusses entnehmen, daß sein Widerspruch verspätet war (hann. Prot. IX S. 3317, 3319).

4. Auf das prozessualische Recht des Widerspruchs kann vor Erlassung des Zahlungsbefehls so wenig verzichtet werden, wie auf das Recht zum Einspruch vor Erlassung des Versäumnisurteils (vgl. Bem. zu § 311). Gegen den Verzicht nach Erlassung des Zahlungsbefehls besteht kein prinzipielles Bedenken. Die Wirksamkeit des entsprechenden Verzichts auf den Einspruch spricht für die Wirksamkeit dieses Verzichts. Wird ein solcher Verzicht nachgewiesen, so kann der Gläubiger schon vor Ablauf der zweiwöchigen Frist den Vollstreckungsbefehl erwirken. [Vgl. Wilm. Levy N. 3 zu § 635, OLG. Darmstadt SA. XXXVIII Nr. 77. AM. Gaupp II S. 277 f. bei N. 3 mit unzureichender Begründung.]

§ 635.

Durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen den Anspruch oder einen Teil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

Mot. S. 383—385. KPr. S. 316—324, 504, 561.

1. „Gegen — einen Teil desselben." Vgl. § 631 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 zu § 631. Auch der Widerspruch gegen eine Nebenforderung entkräftet den ganzen Zahlungsbefehl (KPr. S. 324). Ist der Zahlungsbefehl wegen mehrerer selbständiger Ansprüche erlassen, so behält er bei Widerspruch gegen einen der Ansprüche seine Kraft bezüglich der übrigen.

2. „Die Wirkungen der Rechtshängigkeit ꝛc." Wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit infolge willkürlichen Widerspruchs aufhörten, so würde dies die Anwendbarkeit des Mahnverfahrens, insbesondere zur schleunigen Unterbrechung einer drohenden Verjährung, auf das höchste beeinträchtigen (Mot. S. 383). Wegen der Dauer der Rechtshängigkeit s. die §§ 636, 637.

3. Über Zurücknahme des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl ist im Gesetze nichts bestimmt. Man möchte daraus und aus der in § 635 gebrauchten Redewendung „Durch . . . Erhebung des Widerspruchs . . . . . verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft", den Schluß ziehen, daß die Zurücknahme des Widerspruchs den Zahlungsbefehl nicht wieder in Kraft setzen könne, also ohne prozeßrechtliche Wirkung sei. [So Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 271.] Das ist aber eine ganz formalistische Behandlung des Gesetzes, die nicht zu billigen ist. Der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl hat, obwohl er nicht Einspruch genannt wird, doch die größte Ähnlichkeit mit dem Einspruche gegen das den Beklagten verurteilende Versäumnisurteil. Die Zurücknahme des Einspruchs ist zulässig (§ 311) und bewirkt, daß das Versäumnisurteil wieder auflebt, obwohl schon der zulässige Einspruch den Prozeß in die Lage zurückversetzte, worin er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 307). Diese Behandlung

Digitized by Google

des Einspruchs spricht dafür, daß auch der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl zurückgenommen werden kann und daß durch dessen Zurücknahme der Zahlungsbefehl wieder die Kraft gewinnt, Unterlage eines Vollstreckungsbefehls zu sein. Daß in der StrPrO. §§ 450, 451 Abs. 1 die Zulässigkeit der Zurücknahme des Einspruchs gegen den Strafbefehl unterstellt ist, mag zur Unterstützung der vorgetragenen Ansicht erwähnt werden. [Vgl. Hellmann Komm. II S. 595 und A. Förster N. 3.] Die Zurücknahme des Widerspruchs ist, wie der Widerspruch selbst, bei dem Amtsgerichte zu erklären, das den Zahlungsbefehl erlassen hat. Die Erklärung kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Wer den Widerspruch für den Schuldner zurücknehmen will, bedarf des Nachweises einer Vollmacht. Die Zurücknahme des Widerspruchs ist in dem Mahnregister vorzumerken. Nach Analogie der Zurücknahme des Einspruchs und eines Rechtsmittels (§§ 311, 476 Abs. 3) dürfte die Zurücknahme des Widerspruchs den Verlust des Rechts zum Widerspruche zur Folge haben, so daß der Widerspruch nicht mehr erneuert werden kann; gegen den Vollstreckungsbefehl ist aber noch Einspruch zulässig. Ob in dem auf den Einspruch folgenden Verfahren aus der Zurücknahme des Widerspruchs ein außergerichtliches Anerkenntnis der Schuld herzuleiten ist, ist eine andere Frage.

§ 636.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.

Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage.

Mot. S. 383—385. KPr. S. 316, 321—324, 504, 561.

1. Mit Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl ist das Mahnverfahren beendigt. An das Mahnverfahren kann sich das Verfahren mit mündlicher Verhandlung anreihen und zwar mit der Wirkung, daß die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner eingetretenen Wirkungen der Rechtshängigkeit auf das nachfolgende Verfahren mit mündlicher Verhandlung übernommen werden. Die Art und Weise, wie das Mahnverfahren in das Verfahren mit mündlicher Verhandlung überzuleiten ist, ist aber verschieden, je nachdem eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte oder vor die Landgerichte gehört. Für den ersteren Fall giebt der § 636, für den anderen der § 637 Vorschriften. Bei dieser Unterscheidung zwischen den vor die Amtsgerichte und den vor die Landgerichte gehörigen Klagen haben die Verfasser des Gesetzes offenbar nur an die im GVG. § 23 vgl. mit § 70 enthaltene gesetzliche Verteilung der sachlichen Zuständigkeit zwischen den Amts- und den Landgerichten gedacht. Für die den §§ 636 und 637 zu Grunde liegende Unterscheidung zwischen der amts- und landgerichtlichen Zuständigkeit muß aber wohl auch eine Vereinbarung der Parteien über die sachliche Zuständigkeit maßgebend sein, soweit keine ausschließliche sachliche Zuständigkeit in Frage ist. Käme nur die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung in Betracht, so würde die Folge sein, daß das Gericht, bei dem die Klage nach § 636 als erhoben gälte, oder bei dem die Klage nach § 637 erhoben würde, die Klage auf Grund der Vereinbarung wegen Unzuständigkeit abweisen müßte. Dies ist aber ein unbrauchbares Ergebnis. Folglich muß in dem Falle, daß für die an und für sich vor die Amtsgerichte gehörige Klage die landgerichtliche Zuständigkeit vereinbart ist, der § 637 und im umgekehrten Falle der § 636 angewendet werden. [Vgl. A. Förster N. 2, Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VII S. 556 f. AM. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 272 bei N. 1.]

Digitized by Google

2. Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird nach rechtzeitiger Erhebung des Widerspruchs die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte erhoben angesehen — ohne Fiktion gesprochen: der Streit ist jetzt bei dem Amtsgerichte im ordentlichen Verfahren anhängig; die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Rechtshängigkeit dauert für dieses Verfahren fort; der Zahlungsbefehl, der bis auf die Ladung inhaltlich der Klageschrift entspricht, macht die Zustellung einer Klageschrift entbehrlich.

Der Streit ist im ordentlichen Verfahren anhängig — in den Urkunden- und Wechselprozeß kann er nicht übergeleitet werden, ohne daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit durch Zurücknahme der in dem Zahlungsbefehle gelegenen Klage beseitigt sind (vgl. Bem. Nr. 2 und Abs. 2 zu § 633); vorher stände der im Urkundenprozesse erhobenen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen [vgl. Stein Urk.Proz. S. 152].

3. Die nach Erhebung des Widerspruchs kraft Gesetzes stattfindende Überleitung des Rechtsstreits in das ordentliche Verfahren hat zur Folge: a) Von Amtswegen wird kein Termin bestimmt, aber jede Partei kann den Prozeß betreiben, indem sie den Gegner zur mündlichen Verhandlung ladet. Die Ladungsfrist beträgt drei Tage, entsprechend der Normalfrist des § 194 für den Parteiprozeß. Eine kürzere Frist für Meß- und Marktsachen ist hier nicht vorgesehen. Die dreitägige Frist gilt auch bei öffentlicher Zustellung und bei Zustellung im Auslande. b) Die Zuständigkeit des Amtsgerichts, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt. War also dieses Amtsgericht zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls örtlich zuständig, so bleibt die Zuständigkeit dieses Gerichts begründet, auch wenn die Zuständigkeit späterhin, z. B. durch Veränderung des Wohnsitzes, aufgehört hat (vgl. § 235 Nr. 2). Der Beklagte kann in der mündlichen Verhandlung den Mangel der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts geltend machen. Er kann den Einwand der Unzuständigkeit darauf stützen, daß dem Amtsgerichte die speziell für das Mahnverfahren im § 629 Abs. 2 geforderte Zuständigkeit (allgemeiner persönlicher des Beklagten oder dinglicher Gerichtsstand) fehle, obwohl ein besonderer Gerichtsstand, z. B. des Erfüllungsorts, bei dem Gerichte begründet ist; denn Voraussetzung der Gültigkeit des ordentlichen Verfahrens ist die Einleitung durch ein gültiges Mahnverfahren; dieses ist aber ungültig, wenn die örtliche Zuständigkeit für das Mahnverfahren fehlte. Dagegen hindert die in § 629 Abs. 2 ausgesprochene Ausschließlichkeit der dort bezeichneten Zuständigkeit des Amtsgerichts, bei dem der allgemeine persönliche Gerichtsstand ist, nicht, daß in dem sich anreihenden ordentlichen Verfahren ein anderes Gericht durch Prorogation zuständig werde; denn jene Ausschließlichkeit hat nur für das Mahnverfahren Bedeutung. c) Nach dem Inhalte des zugestellten Zahlungsbefehls ist zu beurteilen, ob das Vorbringen des Klägers in der mündlichen Verhandlung eine Klagänderung enthält (vgl. § 235 Nr. 3).

4. Hat nach Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl der Gläubiger in der irrtümlichen Meinung, daß die Sache vor die Amtsgerichte gehöre, während sie vor die Landgerichte gehört, den Schuldner zur mündlichen Verhandlung vor das Amtsgericht geladen, so ist seine Klage von hier abzuweisen, wenn nicht der Mangel der sachlichen Zuständigkeit durch Prorogation nach § 38 oder § 39 gehoben wird. Eine Verweisung an das Landgericht gemäß § 466 ist unzulässig, weil der Zahlungsbefehl nach § 637 die Klageschrift im landgerichtlichen Prozesse nicht ersetzen kann. — Hat der Schuldner in der irrtümlichen Annahme, daß die Sache vor die Amtsgerichte gehöre, den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung vor das Amtsgericht geladen, während die Sache vor die Landgerichte gehört, so kann der Mangel der sachlichen Zuständigkeit durch Vortrag der Klage

Digitized by Google

und vorbehaltlose Einlassung beim Amtsgerichte gehoben werden. Wenn der Kläger sich aber nicht dazu herbeiläßt, seinen Klagantrag vor dem Amtsgerichte mündlich zu erheben, sondern sich darauf beschränkt, die Unzuständigkeit des Amtsgerichts zu rügen, dann ist eine zum unzuständigen Gerichte erhobene Klage nicht vorhanden, kann also nicht abgewiesen werden; das Gericht kann also nur seine Unzuständigkeit zu der vom Beklagten verlangten Verhandlung aussprechen und den Beklagten in die durch seine Ladung vor das falsche Gericht entstandenen Kosten verurteilen. [Abw. Gaupp II S. 274 bei N. 10.]

§ 637.

Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit, wenn nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs läuft, die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben wird.

Mot. S. 383—385. KPr. S. 316, 321—324, 504, 561.

1. „Vor die Landgerichte" — vgl. Bem. Nr. 1 zu § 636.

2. Solange die im § 637 bestimmte sechsmonatige Frist nicht abgelaufen ist, dauern die nach dem Schlußsatze des § 635 trotz der Erhebung des Widerspruchs bestehen bleibenden Wirkungen der Rechtshängigkeit fort, wie sie mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetreten waren; jedoch kann der Schuldner der Klage des Gläubigers die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegensetzen (vgl. Bem. Nr. 3 litt. f zu 235). Ist die sechsmonatige Frist abgelaufen, ohne daß die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben worden ist, so erlöschen sowohl die prozeßrechtlichen als auch die civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit (s. §§ 235, 236, 239) und zwar, wie bei Zurücknahme der Klage, ex tunc; es wird also die Rechtslage, wie sie vor der Zustellung des Zahlungsbefehls bestand, wieder hergestellt. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die Verjährung; die durch die Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Unterbrechung der Verjährung gilt als nicht geschehen, wenn die sechsmonatige Frist ohne Klagerhebung abgelaufen ist. [So auch außer den Kommentaren Planck Lehrb. I § 55 N. 39, Kohler Prozeß als RV. S. 138, Skedl S. 119, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 57, III § 177 N. 95, Rudorff die deutschen Klagenverjährungsgesetze S. 10, OLG. Braunschweig SA. XLII Nr. 339, OLG. Cassel SA. XLVIII Nr. 2, Entw. I e. BGB. § 172, Entw. II § 179. AM. Dernburg pr. PrR. I § 168 N. 20, Aschrott Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 618 ff., A. Förster N. 6 zu § 243. Dernburg stützt die Annahme, daß die Verjährung auch nach Ablauf der Frist unterbrochen bleibe, darauf, daß auch die gerichtliche Protestation die Verj. unterbreche und daß das in Zustellung des Zahlungsbefehls gelegene „Moment der Protestation" (?) nicht ungeschehen werde durch Aufhören der Rechtshängigkeit. Aber abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob nach preuß. und gem. Recht die Protestation z. Unterbr. d. Verj. wirklich genüge, so ist die Zustellung des Zahlungsbefehls eben keine Protestation. Aschrott u. A. Förster bestreiten überhaupt, daß die Unterbrechung der Verjährung eine Wirkung der Rechtshängigkeit sei; ihre Gründe sind nichts weniger als stichhaltig.]

3. „Binnen einer sechsmonatigen Frist." Die Frist ist eine gesetzliche, aber keine Notfrist. Abkürzung und Verlängerung kann vereinbart, aber nicht vom Gerichte bewilligt werden (§ 202). Die Gerichtsferien haben auf den Lauf der Frist keinen Einfluß (GVG. § 204). [Unrichtig OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 513.] Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist ist nicht möglich. Bei Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens hört der Lauf der Frist auf; nach Beendigung der Unterbrechung ꝛc. beginnt die volle Frist von neuem zu laufen (§ 226).

Digitized by Google

4. „Benachrichtigung" — s. § 634 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 dazu.

5. „Die Klage erhoben wird" — sc. in der Form des § 230. Es kann auch im Urkundenprozesse geklagt werden. [So auch außer den Kommentaren Fitting Lehrb. (7) S. 639 N. 33, Stein Urk.Proz. S. 291. AM. nur Skedl S. 138 mit ganz unstichhaltiger Begründung.]

6. „Bei dem zuständigen Gerichte." Es heißt nicht: bei dem vorgesetzten Landgerichte. Die Klage kann also auch bei einem anderen Gerichte, das nach §§ 21—24, 28—32 zuständig ist, erhoben werden, ohne daß dem Kläger die Fortdauer der Rechtshängigkeit verloren geht (nordd. Prot. S. 1209 f.). Auch kann durch Vereinbarung § 38, sowie durch Präklusion der Unzuständigkeitseinrede (§ 39), soweit nicht § 40 im Wege steht, die örtliche und die sachliche Zuständigkeit eines an und für sich nicht zuständigen Gerichts für die Klage begründet werden. [So auch die Kommentare sowie Goldenring a. a. O. S. 477, OLG. Nürnberg Ztschr. f. d. CPr. IX S. 482. — Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 270 f. nimmt an, daß die Prorogation, nicht bloß die Klagerhebung, innerhalb der sechsmonatigen Frist liegen müsse, um die Rechtshängigkeit auf die Zustellung des Zahlungsbefehls zurück datieren zu können; dies ist nicht richtig, weil nach der Prorogation die Frage, ob das Gericht auch ohne Prorogation zuständig gewesen wäre, gar nicht mehr zu stellen ist. Vgl. Birkmeyer Ztschr. f. d. CPr. V S. 165 und Fitting Ztschr. f. d. CPr. VI S. 355.]

7. Wird die Klage bezüglich des Anspruchs, der im Zahlungsbefehle bezeichnet ist, vor Ablauf der sechsmonatigen Frist bei dem zuständigen Gerichte erhoben, so gehen die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretenen prozeßrechtlichen und materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit auf das weitere Prozeßverfahren über.

Aus dem Übergange der prozeßrechtlichen Wirkungen ergeben sich insbesondere folgende Konsequenzen:

a) Für die Berechnung des Werts des Streitgegenstandes ist gemäß § 4 der Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls entscheidend [vgl. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 270].

b) Die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts bleibt bestehen, auch wenn der Anspruch, der zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls auf mehr als 300 ℳ ging, nachträglich vermindert und die Klage auf einen geringeren Betrag erhoben wird, einerlei, ob die Abminderung durch eine Teilzahlung veranlaßt ist oder ob der Kläger ohne solchen Anlaß seine Forderung herabsetzt. [So auch die Komm. sowie Hellmann Bl. f. RA. XLV S. 417 ff. u. Lehrb. S. 930, Skedl S. 174, RG. 24. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 92 S. 398 ff., 24. Juni 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 410 u. Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 329.] Hierfür ist es gleich, ob die Klage bei dem dem Amtsgerichte vorgesetzten oder bei einem anderen Landgerichte erhoben wird.

c) Die örtliche Zuständigkeit, die zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte nach § 629 vorhanden war, dauert für das Landgericht fort, bei dem jetzt die Klage erhoben ist; diese Zuständigkeit wird durch eine nach Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Veränderung der sie begründenden Umstände (z. B. eine Veränderung des Wohnsitzes) nicht berührt. Dies gilt jedoch nur, wenn die Klage bei dem dem Amtsgerichte vorgesetzten Landgerichte erhoben wird. Wird die Klage bei einem anderen Landgerichte erhoben, so ist der Gerichtsstand nach dem Zeitpunkte der Zustellung der Klageschrift zu beurteilen. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 275 bei N. 10.]

d) Ob eine Klagänderung, der der Beklagte widersprechen kann, vorliegt, ist nach dem Inhalte des Zahlungsbefehls zu bemessen. Natürlich kann der Gläubiger des Zahlungsbefehls eine andere beliebige Klage gegen den Schuldner des Zahlungsbefehls erheben;

Digitized by Google

aber wenn er eine andere Klage erhebt, so fehlt dieser Klage der Kontakt mit dem Zahlungsbefehle. Geht aus der erhobenen Klage hervor, daß die Klage erhoben werden will, die dem Zahlungsbefehle entspricht, so kann der Beklagte dieser Klage mit dem Einwande der Klagänderung begegnen, wenn sie einen anderen Anspruch als den im Zahlungsbefehle bezeichneten betrifft. Die Vorschriften des § 240 finden entsprechende Anwendung.

8. Hat nach Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl der Gläubiger in der irrtümlichen Meinung, daß die Sache vor die Landgerichte gehöre, während sie vor die Amtsgerichte gehört, die Klage zum Landgerichte erhoben, so ist seine Klage von hier abzuweisen, wenn nicht der Mangel der sachlichen Zuständigkeit durch Prorogation nach § 38 oder § 39 gehoben wird. Die Verweisung nach § 249 kann nicht ausgesprochen werden; da nämlich die Sache ohnedies beim Amtsgerichte anhängig ist, so hätte die Verweisung keinen Zweck.

§ 638.

Die Kosten des Mahnverfahrens sind im Falle der rechtzeitigen Erhebung des Widerspruchs als ein Teil der Kosten des entstehenden Rechtsstreits anzusehen.

Wird im Falle des § 637 die Klage nicht binnen der bestimmten Frist erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen.

KPr. S. 316, 324, 561.

1. Zu Abs. 1 vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 5 vor § 628. Die in dem entstehenden Rechtsstreite ausgesprochene Verurteilung zur Tragung der Prozeßkosten umfaßt die Kosten des vorangegangenen Mahnverfahrens, ohne daß dies ausdrücklich erwähnt zu werden braucht. [Vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 536, KG. Berlin eod. XIV S. 328.] Bezieht sich der entstehende Rechtsstreit nur auf einen Teil des im Zahlungsbefehle bezeichneten Anspruchs, so ist nur eine entsprechende Quote der Kosten des Mahnverfahrens als Teil der Kosten des Rechtsstreits anzusehen [KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XV S. 519].

2. Zu Abs. 2: Der Gläubiger hat in diesem Falle dem Schuldner auch die durch Erhebung des Widerspruchs erwachsenen Kosten zu erstatten. Der Schuldner kann sich aber einen vollstreckbaren Titel bezüglich dieser Kosten nur auf dem Wege eines neuen Verfahrens (Klage oder Gesuch um Zahlungsbefehl) gegen den Gläubiger des Zahlungsbefehls verschaffen.

§ 639.

Der Zahlungsbefehl ist nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern nicht vor der Vollstreckbarkeitserklärung von dem Schuldner Widerspruch erhoben ist. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl. In den Vollstreckungsbefehl sind die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch des Gläubigers zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 378, 379, 385, 386. KPr. S. 324, 561.

1. Der Zahlungsbefehl steht, ohne formell ein Urteil zu sein, einem Urteile gleich, das unter der Bedingung, daß der Widerspruch nicht rechtzeitig erhoben wird, den Schuldner zur Leistung an den Gläubiger verurteilt. Der Eintritt der negativen Bedingung muß durch einen zweiten richterlichen Akt festgestellt werden. Die Feststellung erfolgt durch

Digitized by Google

den Ausspruch des Gerichts, daß der Zahlungsbefehl für vorläufig vollstreckbar erklärt werde. Dieser Ausspruch heißt Vollstreckungsbefehl. In dem Vollstreckungsbefehle liegt die auf Grund des Eintritts jener Bedingung ausgesprochene unbedingte Verurteilung des Schuldners und zugleich die Erklärung, daß diese Verurteilung vorläufig, d. i. ohne Rücksicht auf den Mangel der formellen Rechtskraft, vollstreckt werden darf.

2. Der Vollstreckungsbefehl wird von dem Amtsgerichte, das den Zahlungsbefehl erteilt hat, auf Gesuch des Gläubigers erlassen. Das Gesuch kann schriftlich oder mündlich angebracht werden; die Aufnahme eines Protokolls ist nicht erforderlich (§ 642). Wer als Bevollmächtigter des Gläubigers um den Vollstreckungsbefehl nachsucht, hat seine Vollmacht nachzuweisen (§ 84 Abs. 2 und arg. a. contr. aus § 643). Der Gesuchsteller hat das Original des Zahlungsbefehls nebst der Zustellungsurkunde vorzulegen. Ist der Zahlungsbefehl zu Verlust gegangen, so kann nicht um den Vollstreckungsbefehl nachgesucht werden; dem Gläubiger bleibt nichts anderes übrig, als einen neuen Zahlungsbefehl zu erwirken und zustellen zu lassen; war der erste Zahlungsbefehl schon zugestellt, so riskiert der Gläubiger allerdings, daß der Schuldner gegen den zweiten Zahlungsbefehl Widerspruch und im weiteren Verfahren den Einwand der Rechtshängigkeit aus dem ersten Zahlungsbefehle erhebt, wenn der frühere Zahlungsbefehl nicht zurückgenommen wurde. [Vgl. Ewiklinski Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 685 ff.]

Der Gesuchsteller hat die Kosten des bisherigen Verfahrens zu liquidieren.

3. Das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl kann gestellt werden:

a) von dem im Zahlungsbefehle genannten Gläubiger oder gesetzlichen Vertreter des Gläubigers;

b) von den Gesamtrechtsnachfolgern des Gläubigers, wenn dieser gestorben und das nach § 217 durch seinen Tod unterbrochene oder nach § 223 ausgesetzte Verfahren von den Gesamtrechtsnachfolgern aufgenommen ist (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 633);

c) von dem Konkursverwalter, wenn das nach § 218 durch die Eröffnung des Konkurses unterbrochene Verfahren von dem Konkursverwalter aufgenommen ist;

d) von dem gesetzlichen Vertreter des nach Zustellung des Zahlungsbefehls prozeßunfähig gewordenen Gläubigers sowie von dem Nachfolger in der Vertreterstellung, wenn die nach § 219 eingetretene Unterbrechung des Verfahrens beendigt ist.

In den Fällen ad b—d kann der Vollstreckungsbefehl erst verlangt werden, wenn nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Widerspruchsfrist aufs neue abgelaufen ist (arg. § 226). [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 3. Abweichend: Gaupp II S. 278 bei N. 5, Goldenring S. 488, Skedl S. 126.]

Die ad a—d aufgeführten Personen können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen.

Ein Cessionar kann den Vollstreckungsbefehl nicht verlangen; dies folgt aus § 236 Abs. 2.

4. Der Vollstreckungsbefehl kann nur gegen den im Zahlungsbefehle genannten Schuldner oder gegen dessen Gesamtrechtsnachfolger verlangt werden. Wurde das Verfahren nach § 217 durch den Tod des Schuldners unterbrochen oder nach § 223 ausgesetzt, so kann der Vollstreckungsbefehl gegen die Rechtsnachfolger erst nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung und nach Ablauf der hiernach aufs neue laufenden vollen Widerspruchsfrist verlangt werden. [Vgl. Wilm. Levy N. 3. Abweichend: Gaupp II S. 278 bei N. 5, Goldenring S. 488, Skedl S. 126.]

5. Das Gericht, von dem der Vollstreckungsbefehl verlangt wird, hat zu prüfen:

a) ob es zur Erlassung des Vollstreckungsbefehls zuständig ist. Diese Prüfung erstreckt sich jedoch nur darauf, ob das Gericht dasjenige ist, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat.

Digitized by Google

und im Falle einer Veränderung in der Gerichtsorganisation auch darauf, ob die örtliche Zuständigkeit an das betreffende Gericht überging [vgl. Betzinger Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 429 ff.], nicht aber darauf, ob das Amtsgericht, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, dazu zuständig war; denn die Zuständigkeitsfrage wurde durch die Erlassung des Zahlungsbefehls bereits entschieden und an diese seine Entscheidung ist das Gericht, solange nicht Widerspruch gegen Zahlungsbefehl oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl erhoben ist, ebenso gebunden, wie das Gericht, von dem die sententia purificatoria verlangt wird, an die wenn auch nur latente Entscheidung des bedingten Endurteils über die Zuständigkeitsfrage. [So auch Goldenring S. 488, Skedl S. 133. AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 277 bei N. 1, Jastrow Ztschr. f. d. CPr. XI S. 326 ff.; die von diesen erhobenen praktischen Bedenken sind ohne Belang; denn wenn der Schuldner sich nicht gegen den Zahlungsbefehl des unzuständigen Gerichts zur Wehre setzt, was besteht für ein öffentliches Interesse, den Vollstreckungsbefehl zu versagen?];

b) ob der Gesuchsteller berechtigt ist, das Gesuch zu stellen (s. Bem. Nr. 3) und ob der Vollstreckungsbefehl gegen die Person, gegen die er verlangt wird, erteilt werden kann (s. Bem. Nr. 4);

c) ob die Widerspruchsfrist abgelaufen und Widerspruch nicht erhoben ist; über Verzicht auf den Widerspruch vgl. Bem. Nr. 4 zu § 634;

d) ob die in § 641 bestimmte Frist noch nicht verstrichen ist.

Nicht mehr zu prüfen ist, ob der Anspruch sich zum Mahnverfahren eignet und ob der Anspruch nach dem Inhalte des Gesuchs begründet ist.

6. Ergiebt sich bei der Prüfung des Gesuchs die Zulässigkeit des verlangten Vollstreckungsbefehls, so wird dieser auf den Zahlungsbefehl gesetzt. Formel: „Der vorstehende Zahlungsbefehl wird zuzüglich der Kosten im Betrage von . . . hiermit für vollstreckbar erklärt. Datum. Siegel. Unterschrift." In die Kostenberechnung können auch Posten, die schon vor Erlassung des Zahlungsbefehls erwuchsen, aufgenommen werden. Gegen Kostenabstrich steht dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (arg. Abs. 2 des § 639).

Der Vollstreckungsbefehl kann auf einen Teil des im Zahlungsbefehle bezeichneten Anspruchs erteilt werden, wenn der Gläubiger dies beantragt (z. B. bei Teilzahlung). Mehrere successive Vollstreckungsbefehle auf Grund eines Zahlungsbefehls sind aber unzulässig. [Vgl. Ztschr. f. d. CPr. XX S. 172.]

Der Vollstreckungsbefehl wird weder dem Gläubiger noch dem Schuldner von Amtswegen zugestellt. Der Gläubiger hat den Vollstreckungsbefehl auf der Gerichtsschreiberei abzuholen oder dafür zu sorgen, daß er ihm von der Gerichtsschreiberei zugesandt wird, und ihn dem Schuldner zustellen zu lassen. Da das Mahnverfahren Parteiprozeß ist, so findet § 152 Abs. 2 Anwendung und daher wohl auch § 154. [So auch Struckm. Koch N. 6 Abs. 2. AM. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 279 bei N. 8, Skedl S. 160.] Im übrigen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 633 und die dort angegebenen Verweisungen.

Der Vollstreckungsbefehl bedarf der Vollstreckungsklausel (§ 636) nur, wenn nach Erlassung des Befehls eine Rechtsnachfolge auf Seite des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist (§ 704 Abs. 1); vgl. Bem. Nr. 1 zu § 704.

7. Ergiebt sich bei der Prüfung des Gesuchs, daß der Vollstreckungsbefehl nicht erteilt werden kann, so ist das Gesuch zurückzuweisen. Das Gesuch ist von hier zurückzuweisen, wenn sich bei Prüfung der Zuständigkeit (s. o. Bem. Nr. 5 litt. a) die Unzuständigkeit ergiebt. Es ist angebrachtermaßen zurückzuweisen, wenn der Gesuchsteller nicht zum Gesuche berechtigt ist oder der Vollstreckungsbefehl nicht gegen die Person erteilt werden kann, gegen die er verlangt wird (s. o. Bem. Nr. 5 litt. b vgl. mit Bem. Nr. 3, 4); desgleichen,

Digitized by Google

wenn die Bevollmächtigung nicht nachgewiesen ist. Es ist zur Zeit zurückzuweisen, wenn die Widerspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist (s. o. Bem. Nr. 5 litt. c). Eine derartige Abweisung steht der Erneuerung des Gesuchs bei dem zuständigen Gerichte bezw. der Erneuerung von Seite des Legitimierten ꝛc. oder der Erneuerung nach Ablauf der Widerspruchsfrist nicht im Wege. Definitiv ist das Gesuch nur dann zurückzuweisen, wenn Widerspruch erhoben oder die Frist des § 641 abgelaufen ist. Über die Wirkung der definitiven Zurückweisung s. Bem. Nr. 2 zu § 641.

Die Zurückweisung erfolgt durch schriftlichen Beschluß. Dieser ist dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Gegen den Beschluß steht dem Gesuchsteller die sofortige Beschwerde zu, deren Frist nach § 540 mit der Zustellung beginnt. Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es selbst den Vollstreckungsbefehl erlassen oder das Amtsgericht dazu anweisen (§ 538).

§ 640.

Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich. Gegen denselben findet der Einspruch nach den Vorschriften der §§ 303—311 statt. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so wird bei dem Amtsgerichte nur darüber verhandelt und entschieden, ob der Einspruch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Die im § 637 bestimmte Frist beginnt in diesem Falle mit der Rechtskraft des Urteils, durch welches der Einspruch für zulässig erklärt ist.

Mot. S. 378, 379, 386. KPr. S. 316, 324—327, 561.

1. Der Vollstreckungsbefehl steht, ohne formell ein Urteil zu sein, einem Endurteile gleich. Damit ist ausgesprochen, daß der Vollstreckungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft, d. i. nach Ablauf der Einspruchsfrist, alle Wirkungen eines rechtskräftigen, zur Sache ergangenen Endurteils hat. Über diese Wirkungen vgl. § 293 nebst den Bemerkungen. Insbesondere begründet der rechtskräftige Vollstreckungsbefehl auch die Einrede der abgeurteilten Sache (exc. rei iudicatae). Wegen der nach der Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstandenen Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, s. § 704 Abs. 2 und Bem. Nr. 2 zu § 704. Gegen den rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl ist, weil er einem Endurteile gleichsteht, die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage zulässig; vgl. § 547 Abs. 2.

2. Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteile gleich. Damit ist ausgesprochen, daß der Vollstreckungsbefehl vor Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckt werden kann. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 648.

3. Der Vollstreckungsbefehl steht einem auf Versäumnis erlassenen Endurteile gleich. Daher findet gegen den Vollstreckungsbefehl der Einspruch nach den Vorschriften der §§ 303—311 statt. Auf den Verzicht auf den Einspruch findet der § 311 Anwendung. Aus der Gleichstellung des Vollstreckungsbefehls mit einem auf Versäumnis erlassenen Endurteile ergiebt sich ferner, daß der Vollstreckungsbefehl nicht mit Berufung angefochten werden kann (arg. § 474). Weil der Einspruch stattfindet, kann das Verfahren noch immer nach Maßgabe der §§ 217 ff. unterbrochen und ausgesetzt werden.

4. Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte — dazu vgl. Bem. Nr. 1 zu § 636 — so muß die Einspruchsschrift oder das über die Parteierklärung aufzunehmende Protokoll des Gerichtsschreibers die Ladung des Gläubigers zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache enthalten. Wegen Prüfung der Formalien des Einspruchs vgl. § 306 nebst den Bemerkungen. Ist der Einspruch zu-

Digitized by Google

läſſig, ſo wird der Prozeß in die Lage zurückverſetzt, in der er ſich vor Eintritt der Verſäumnis befand (§ 307). Der Schuldner kann in der mündlichen Verhandlung jede prozeßrechtliche und jede materiellrechtliche Verteidigung vorbringen, wie er dies gekonnt hätte, wenn er durch die rechtzeitige Erhebung des Widerſpruchs gegen den Zahlungsbefehl dieſen entkräftet und die Überleitung des Streits in das ordentliche Verfahren bewirkt hätte. Auf das Verfahren findet die Bem. Nr. 3 zu § 636, auf das Urteil findet die Bem. Nr. 1, 2 zu § 308 entſprechende Anwendung. Sollte durch Zwiſchenurteil die Zuläſſigkeit des Einſpruchs ausgeſprochen werden (darüber ſ. Bem. Nr. 2 zu § 307), ſo iſt damit der Vollſtreckungsbefehl noch nicht aufgehoben. [Vgl. Gaupp II S. 280 f. bei N. 4 u. 5, Börngen Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen N. F. XII S. 140 ff.]

Iſt der Schuldner, der den Einſpruch eingelegt hat, in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erſchienen, ſo iſt auf Antrag das Verſäumnisurteil nach § 310 zu erlaſſen. Dagegen ſteht dem kontumazierten Schuldner kein Einſpruch zu. Iſt der Gläubiger nicht erſchienen, ſo iſt auf Antrag das Verſäumnisurteil nach § 295 zu erlaſſen. Dagegen ſteht dem kontumazierten Gläubiger der Einſpruch zu.

5. „Gehört der Anſpruch vor die Landgerichte" — dieſe Wendung bedeutet das Gleiche, wie die richtigere: „Gehört eine wegen des Anſpruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte" in § 637. Nach den Entwürfen I bis III ſollte in dieſem Falle der Einſpruch durch Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Hauptſache bei dem zuſtändigen Landgerichte eingelegt werden. Um zu verhüten, daß der Schuldner zu einem ſachlich unzuſtändigen Gerichte lade und durch den Fehlgriff die Möglichkeit, ſich zu verteidigen, verliere, hat die JK. d. RT. nach Vorbild des nordd. Entw. § 763 den Entwurf dahin geändert, daß der Einſpruch auch in dem Falle, daß der Anſpruch vor die Landgerichte gehört, durch Ladung zum Amtsgerichte einzulegen iſt. Die Verhandlung und Entſcheidung beſchränkt ſich aber auf die Formalien des Einſpruchs (ſ. Bem. Nr. 1 zu § 306). Es iſt daher „zur mündlichen Verhandlung über die Zuläſſigkeit des Einſpruchs" zu laden. Wurde „zur Verhandlung über die Hauptſache geladen", ſo kann der Schuldner die Unzuſtändigkeit des Amtsgerichts zur Verhandlung über die Hauptſache geltend machen und die Beſchränkung der Verhandlung ꝛc. auf die Prüfung der Formalien herbeiführen.

Erachtet das Amtsgericht nach zweiſeitiger mündlicher Verhandlung den Einſpruch für zuläſſig, ſo iſt durch Urteil die Zuläſſigkeit des Einſpruchs feſtzuſtellen und der Vollſtreckungsbefehl aufzuheben. Daß der Vollſtreckungsbefehl aufzuheben ſei, war im nordd. Entw. § 763 ausdrücklich geſagt. Auch ergiebt ſich aus dem Schlußſatze des § 640, daß der Gläubiger auf den Weg der Klage gedrängt werden ſoll, wenn der Einſpruch des Schuldners von dem Amtsgerichte für zuläſſig erklärt worden iſt. Dies würde aber nicht erreicht, wenn der Vollſtreckungsbefehl fortbeſtände; denn der Gläubiger, der den Vollſtreckungstitel in der Hand hat, wird ſelten ein Intereſſe daran haben, die Feſtſtellung ſeiner Forderung durch Klage zu betreiben. Folglich ergiebt ſich, daß der Vollſtreckungsbefehl außer Kraft zu ſetzen iſt. [Vgl. Struckm. Koch N. 3 zu § 640, Peterſen (2) S. 899, A. Förſter N. 5a, Goldenring S. 494 u. a. Auch Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 282 bei N. 10, Troll Verſ.Urt. S. 222 und Skedl S. 141 ſind der Anſicht, daß mit dem den Einſpruch für zuläſſig erklärenden Urteile der Vollſtr.Befehl kraftlos werde, halten aber dafür daß dieſes Urteil den Vollſtr.Befehl nicht ausdrücklich aufzuheben brauche, ſondern eo ipso außer Kraft ſetze, was praktiſch wohl auf dasſelbe hinauskommt. Unrichtig Börngen Bl. f. Rechtspfl. in Thür. N. F. XII S. 140 ff.] Die Koſten des Einſpruchs fallen der Partei zur Laſt, die den Einſpruch erhoben hat (§ 309). — Das Urteil kann ſelbſtändig mit Be-

Digitized by Google

rufung und Revision angefochten werden und ist daher selbständiger Rechtskraft fähig [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VII S. 13]. Nach einem solchen Urteile dauert die mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eingetretene Rechtshängigkeit fort. Die Frist des § 637 endigt erst sechs Monate nach der Rechtskraft des Urteils.

Fehlt es an einem Formale des Einspruchs, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen. Dieses Urteil ist durch Berufung anfechtbar.

Ist der Schuldner im Termine nicht erschienen, so ist der § 310 anwendbar. Ist der Gläubiger nicht erschienen, so ist die Zulässigkeit des Einspruchs gleichwohl von Amtswegen zu prüfen (arg. § 306) und je nach dem Ergebnisse dieser Offizialprüfung entweder der Einspruch als unzulässig zu verwerfen oder der Vollstreckungsbefehl aufzuheben. Dieses Urteil ist auch gegenüber dem Gläubiger kein Versäumnisurteil; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 306. [AM. H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 334.]

Sind beide Parteien erschienen und darüber einverstanden, daß der Prozeß von dem Amtsgerichte entschieden werde, so kann ohne Zustellung einer Klageschrift sogleich zur Hauptsache verhandelt werden, vorausgesetzt, daß die Vereinbarung zulässig ist (vgl. § 40 Abs. 2). Auch Prorogation durch Ausschluß der Unzuständigkeitseinrede (§ 39) kann vorkommen, indem der Gläubiger seine Klage zum Amtsgerichte erhebt und der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen zur Hauptsache mündlich verhandelt. Die Gültigkeit der auf § 38 oder auf § 39 beruhenden Prorogation hängt nicht davon ab, daß der Einspruch bereits für zulässig erklärt wurde; die Prorogation kann sich auch vorher vollziehen. [Vgl. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VII S. 557 f.]

6. Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbefehls hört mit der Einlegung des Einspruchs nicht auf. [Vgl. Gaupp II S. 280 f. N. 4. AM. Wilm. Levy N. 2.] Doch kann das Gericht nach § 657 die in § 647 vorgesehenen Anordnungen treffen. Erst wenn der Vollstr.Befehl durch Urteil aufgehoben ist (also im Falle der Bem. Nr. 4 nicht schon mit dem etwaigen Zwischenurteile über Zulässigkeit des Einspruchs), hört die vorläufige Vollstreckbarkeit auf und zwar mit der Verkündung des Aufhebungsurteils (§ 655).

7. Die nach Zustellung des Vollstr.Befehls entstandenen Einwendungen können sowohl durch Einspruchs- als durch Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung (§ 686) geltend gemacht werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 704.

§ 641.

Wird in dem Falle, wenn Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, nachgesucht, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. Dasselbe gilt, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehls rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wird.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

1. Ist die Frist des Abs. 1 abgelaufen, ohne daß ein Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls gestellt ist, so sind die prozeßrechtlichen und die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit erloschen und zwar ex tunc, wie wenn sie nie eingetreten gewesen wären; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 637. Ein nach Ablauf der Frist angebrachtes Gesuch um Erlassung des Vollstr.Befehls muß folglich abgewiesen werden. Der Kläger kann natürlich das Mahnverfahren von vorne anfangen oder auch Klage stellen.

2. Der Schlußsatz „Dasselbe gilt, wenn — zurückgewiesen ist" kann sich nicht auf den Fall beziehen, daß Widerspruch erhoben ist; denn dieser Fall ist in §§ 635, 636

Digitized by Google

behandelt. Auf den Fall, daß das Gesuch um Zahlungsbefehl nicht definitiv, sondern z. B. als verfrüht, wegen Mangels des Nachweises der Zustellung des Zahlungsbefehls oder wegen Vollmachtsmangels zurückgewiesen ward, paßt der Satz auch nicht; in diesem Falle kann der Zahlungsbefehl seine Kraft nicht mit der Zurückweisung, sondern erst dann verlieren, wenn die sechsmonatige Frist abgelaufen ist, ohne daß das Gesuch mit besserem Erfolge erneuert wurde. Der Satz muß sich also auf den Fall beziehen, daß das Gesuch, obwohl Widerspruch nicht erhoben ward, definitiv abgewiesen ist (vgl. Bem. Nr. 7 Abs. 1 g. E. zu § 639). Eine definitive Abweisung kann allerdings nur per nefas vorkommen; das Gericht versagt den Vollstreckungsbefehl, indem es irrtümlich annimmt, daß Widerspruch erhoben sei. Bei definitiver Abweisung des Gesuchs hören mit Ablauf der Beschwerdefrist oder rechtskräftiger Verwerfung der Beschwerde die Wirkungen des Zahlungsbefehls auf.

§ 642.

Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls sowie die Erhebung eines Widerspruchs werden der anderen Partei abschriftlich nicht mitgeteilt; im Falle ihrer mündlichen Anbringung ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

§ 643.

Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachgesucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

Mot. S. 386. KPr. S. 327, 561.

Der Nachweis der Bevollmächtigung durch eine unbeglaubigte Vollmachtsurkunde ist erforderlich für das Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls (Mot. S. 386), sowie auch zur Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl. Nach § 84 Abs. 2 ist der Mangel einer Vollmacht in diesen Fällen von Amtswegen zu berücksichtigen.

Digitized by Google

Achtes Buch.

Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

Litteratur: Eckstein die Zwangsvollstreckung der D. CPrO. system. dargestellt (Berlin 1880), Bunsen d. L. v. d. Zwangsvollstreckung auf Grund d. D. Just.Ges. (Wismar 1884), Falkmann die Zwangsvollstreckung (Berlin 1888). Gaupp die Zwangsvollstreckung und das Mahnverfahren (Freiburg 1881 u. 1887) ist Sep.Abdr. aus dessen Kommentar 1. Aufl. Vgl. a. Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 113 ff.

1. Verträge, wodurch die Zwangsvollstreckung überhaupt oder für gewisse Zeit ausgeschlossen wird, entziehen dem Anspruche für immer oder für die bestimmte Zeit die zwangsweise Realisierbarkeit. Durch Vertrag kann auch bestimmt werden, daß gewisse Vermögensbestandteile z. B. das unbewegliche Vermögen, der Zwangsvollstreckung entrückt sein sollen. Die aus solchen Verträgen sich ergebenden Rechte des Schuldners sind durch Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung (§ 686) geltend zu machen. Vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 311 ff.

2. Aus den Motiven S. 387 ff.: „Die CPrO. geht bei Regelung des Vollstreckungsverfahrens mehrfach von Grundsätzen aus, welche von den bisher in einem großen Teile Deutschlands geltenden abweichen.

I. Die Reihe der gesetzlich anerkannten Exekutionstitel (§§ 644, 702, 706) hat in den exekutorischen Urkunden (§ 702 Nr. 5) eine Vermehrung erfahren, welche gegenüber dem bestehenden gemeinen und preußischen Rechte von erheblichem Belange ist.

II. In betreff der Endurteile als Titel zur Zwangsvollstreckung hat sich die CPrO. den Grundsätzen des gemeinen und altländisch-preußischen Rechts angeschlossen, indem sie als Regel für die Zulässigkeit der Exekution ein rechtskräftiges Erkenntnis voraussetzt (§§ 644, 645).

Neben der sich hiernach ergebenden Regel konnte das Gesetz Ausnahmen nicht entbehren. Es statuiert

III. Endurteile, welche, obwohl noch dem Einspruche oder einem Rechtsmittel in der angenommenen Bedeutung des Wortes (s. o. S. 599) unterliegend, vorläufig vollstreckbar sind (§§ 644, 648 ff.) — und zwar „vorläufig" nicht etwa in dem Sinne, daß der demnächstige Angriff des Urteils dessen Vollstreckbarkeit hemmt, sondern im Sinne einer exzeptionellen Vollstreckbarkeit gegenüber der regelmäßigen Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Urteils.

IV. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung soll nach dem Gesetze regelmäßig durch

Digitized by Google

Gerichtsvollzieher erfolgen, welche, unmittelbar von den Parteien angegangen, ohne Leitung des Gerichts handeln (§ 674).

Die Mitwirkung des Gerichts tritt ein, wenn es sich um die Erledigung von Einwendungen des Schuldners oder dritter Personen gegen die Vollstreckung oder um die Beseitigung von Anständen der verschiedensten Art, welche das Verfahren finden kann, oder um die Einleitung oder Durchführung eines Verteilungsverfahrens handelt (§§ 685—687, 690, 696, 704, 705, 758 ff.); auch sind gewisse Vollstreckungsakte, insbesondere die Zwangsvollstreckung im Auslande, in Forderungen und ähnliche Vermögensrechte, in das unbewegliche Vermögen, endlich die auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung gerichtete Exekution den Gerichten zugewiesen (§§ 684, 698, 700, 723, 724, 729 ff., 755 ff., 772 ff., 780 ff.).

V. Der gleichen, auf Einfachheit und Präzision der Vollstreckung gerichteten Tendenz entspringt es, wenn das Gesetz, auch soweit die Anordnung von Vollstreckungshandlungen und die Mitwirkung bei solchen den Gerichten belassen ist, das Prozeßgericht als einheitlichen Mittelpunkt aufgegeben und jene Thätigkeiten einem Vollstreckungsgerichte zugewiesen hat, welches grundsätzlich nicht das Prozeßgericht ist, sondern nur möglicherweise mit demselben zusammenfällt; welches ferner (im Gegensatze zum französischen Rechte) grundsätzlich ein Amtsgericht und zwar, von Ausnahmen abgesehen, dasjenige Amtsgericht ist, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§ 684).

VI. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit einer raschen und energischen Rechtshülfe hat endlich das Gesetz

1) weder bestimmte Exekutionsgrade aufgestellt, noch die Häufung verschiedener Exekutionsarten ausgeschlossen;
2) die Exekutionsfähigkeit richterlicher Urteile nicht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, wie gegenüber der preuß. AGO. I 24 § 3 (vgl. auch Code de proc. art. 156, Code de commerce art. 643, PrO. von Baden § 851, Hannover § 536) zu konstatieren ist;
3) das in vielen Staaten Deutschlands (vgl. für das gemeine Recht Wetzell § 73 Ed. III S. 985, 986) bestehende Befriedigungsgebot — monitorischer Zahlungsbefehl, Vollstreckungs-, Vollziehungsgebot, executoriales — nicht übernommen und ebensowenig
4) dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, im Urteile eine den Umständen des Falls angemessene Erfüllungsfrist (vgl. Wetzell § 47 Note 104 ff. Ed. III S. 597 ff.) zu bestimmen (EG. § 14 Nr. 4).

VII. Es leuchtet ein, daß bei Aufgabe der einheitlichen Leitung der Vollstreckung von einem Mittelpunkte aus andere Garantien nötig werden, durch welche eine feste Ordnung des Verfahrens erzielt und Verwirrungen vorgebeugt wird. Abgesehen von der hier nicht zu regelnden Kontrolle der Gerichtsvollzieher und den nötigen Instruktionsvorschriften dient diesem Zwecke eine Reihe an diesem Orte nur anzudeutender Bestimmungen des Gesetzes.

Der Gerichtsvollzieher hat lediglich das Formale der Vollstreckung; er darf (abgesehen von den Fällen der §§ 704 Abs. 1, 705 Abs. 2, 809 Abs. 1) nur auf Grund einer mit dem gerichtlichen Atteste der Vollstreckbarkeit (Vollstreckungsklausel) versehenen Ausfertigung des Exekutionstitels vorgehen (§§ 662, 663, 669, 671, 675 ff., 703, 705) und dieses Attest darf, abweichend von dem französischen und bayerischen Rechte, erst nach vorgängiger Feststellung des Vorhandenseins aller Vorbedingungen der Vollstreckbarkeit — vollständige Bestimmtheit des Anspruchs, Eintritt der Rechtskraft, Existenz der Bedingung, Fälligkeit, genaue Eruierung der Person, für und gegen welche vollstreckt werden soll ꝛc. — erteilt werden (§§ 664—667, 671, 693 ff., 703 ff.).

Die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen bzw. wieder aufzuheben hat, sind fixiert (§§ 691, 692, 655); die möglichen Widersprüche des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung, je nachdem sie gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung, den Modus der Ausführung oder den Anspruch selbst gerichtet sind, nach Form und Prozedur eingehend geordnet (§§ 668, 685—687, 696, 703—707); endlich ist dem Ermessen des Richters möglichst freie Bewegung in Bezug auf Vorsichts- und Sicherheitsmaßregeln, sowie in Bezug auf Hemmung der vorläufigen

Digitized by Google

Vollstreckbarkeit eingeräumt worden (§§ 647, 651, 657, 668, 685, 688—690, 696 Abs. 3, 703).

VIII. Das Gesetz behandelt nur das gerichtliche Vollstreckungsverfahren; die administrative Exekution und die von den Gerichten oder gerichtlichen Beamten den Verwaltungsbehörden zu leistende Rechtshülfe liegt außerhalb der Prozeßordnung.

Ebensowenig trifft das Gesetz besondere Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus, die Gemeinde- und andere kommunale Verbände sowie gegen Korporationen. Insoweit es sich um die Verfolgung dinglicher Ansprüche handelt, fehlt es an Gründen, Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften eintreten zu lassen. Insoweit dagegen Zwangsvollstreckungen wegen Geldforderungen in Betracht kommen, erscheint es notwendig, der Landesgesetzgebung Raum für Beschränkungen zu gewähren (EG. § 15 Nr. 4)."

3. Im achten Buche sind die Ausdrücke **Gläubiger** und **Schuldner** im Sinne von Exekutionssucher und Exequendus gebraucht ohne Rücksicht auf die Natur des Anspruchs.

4. Die Gerichtsferien sind auf das Zwangsvollstreckungsverfahren einschließlich der vorbereitenden Akte, wie z. B. Erteilung des Rechtskraftzeugnisses, ohne Einfluß (GVG. § 204). [Vgl. OAG. Jena SA. XXXIX Nr. 170.]

5. Nach StrPrO. § 496 erfolgt die Vollstreckung der auf Vermögensstrafe oder Buße ergangenen Entscheidung (sc. des Strafgerichts) nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte. Damit sind alle Vorschriften des achten Buchs der CPrO., einschließlich der Vorschriften der §§ 662 ff. über die vollstreckbaren Ausfertigungen für anwendbar erklärt. [Vgl. Wilm. Levy N. 7 vor § 644, Gaupp II S. 288 bei N. 8, RG. 20. Mai 1881 Entsch. I Nr. 86 S. 233 ff. Abw. Struckm. Koch N. 3 zu § 662, A. Förster N. 6 zu § 662, Löwe StrPrO. § 495 N. 3, Jastrow Goltd. Arch. f. StrR. XXXIII S. 29 ff. Vgl. a. preuß. GA. f. GV. § 108 Abs. 2, 3.] Entsprechend ist auch die Entscheidung des Strafgerichts über die Kosten des Privatklageverfahrens (vgl. StrPrO. § 503) nach Feststellung der Kosten (vgl. StrPrO. § 496 Abs. 2) zu vollstrecken. — Nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 56 findet aus den rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen der Gewerbegerichte und aus den nach Erhebung der Klage vor den Gewerbegerichten geschlossenen Vergleichen die Zwangsvollstreckung statt. Auf diese Zwangsvollstreckung sowie auf den Arrest und die einstweiligen Verfügungen finden die Vorschriften des alten Buchs der CPrO. Anwendung, soweit nicht in § 56 Abs. 2—4 des cit. Gesetzes abweichende Bestimmungen getroffen sind. Dagegen sind die im Verfahren vor dem Gemeindevorsteher (§§ 71 ff. des cit. Ges.) geschlossenen Vergleiche und erlassenen Entscheidungen nach § 73 durch die Ortspolizeibehörde nach den Vorschriften über das Verwaltungszwangsverfahren zu vollstrecken.

Über die Vollstreckung der von den Gerichten der deutschen Schutzgebiete erlassenen Urteile in Deutschland s. Bem. Nr. 1 zu § 660; über Vollstreckung in den deutschen Schutzgebieten s. Bem. Nr. 3 zu § 674 und Bem. Nr. 2 zu § 700.

6. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 12, 13 Abs. 2, 26 Nr. 8, 9, 35, 39, 47 N. 13, 14, 42, 43 in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 10, 20, 23, 31—36.

§ 644.

Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Urteile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

Mot. S. 387, 388, 392, 393. KPr. S. 327—330, 562.

Digitized by Google

1. Durch § 644 im Zusammenhange mit GVG. § 161 ist ausgesprochen, daß aus den in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erlassenen Endurteilen der nach Maßgabe des GVG. von dem Reiche oder von einem Bundesstaate bestellten ordentlichen Gerichte (GVG. § 12) die Zwangsvollstreckung in jedem zum Deutschen Reiche gehörigen Staate stattfindet, ohne daß es eines Rechtshülfeverfahrens bedarf. Dagegen gilt der § 644 nicht für die Endurteile der nach GVG. § 14 zugelassenen besonderen Gerichte (arg. EG. z. CPrO. § 3 Abs. 1); derartige Urteile sind zunächst nur in dem Bundesstaate vollstreckbar, dem das besondere Gericht angehört; sollen sie in einem anderen Bundesstaate vollstreckt werden, so ist nach dem BGes. betr. die Gewährung der Rechtshülfe v. 21. Juni 1869 (BGBl. S. 313) zu verfahren. (Vgl. Mot. z. GVG. S. 189.) Bei der Anwendung der Vorschriften des Rechtshülfegesetzes ergiebt sich die Schwierigkeit, daß es an einer ausdrücklichen Bestimmung darüber fehlt, wie die Zwangsvollstreckung zu gewähren sei, wenn sowohl in dem Rechtsgebiete, wo die Entscheidung erlassen ist, wie in dem Gebiete, wo sie vollstreckt werden soll, die Zwangsvollstreckung besonderen Beamten übertragen ist, was jetzt in allen Bundesstaaten der Fall ist. Man wird außer der von dem besonderen Gerichte zu erteilenden Vollstreckungsklausel auch eine Vollstreckungsklausel des Gerichts, in dessen Gebiet vollstreckt werden soll, verlangen müssen. [Vgl. Endemann die Rechtshülfe im nordd. Bunde (1869) S. 60 f.] — Über die Vollstreckbarkeit der von einem Konsul oder Konsulargerichte und der von einem Gerichtsbeamten oder Gerichte in den deutschen Schutzgebieten erlassenen Urteile im Deutschen Reiche s. Bem. Nr. 1 zu § 660.

2. Die Vollstreckbarkeit der Urteile ist zeitlich nicht beschränkt. Beschränkende Bestimmungen des Landesrechts, z. B. preuß. AGO. I 24 § 3, Code de proc. art. 156, Code de comm. art. 643, sind aufgehoben. Die Verjährung bleibt unberührt.

3. Zu Abs. 1: Zu den Endurteilen gehören die Teilurteile. Die nach §§ 502, 562 unter Vorbehalt ergangenen Urteile sind hinsichtlich der Zwangsvollstreckung den Endurteilen ausdrücklich gleichgestellt. Zwischenurteile, durch Eid bedingte Urteile und reine Feststellungsurteile sind ihrem Inhalte nach nicht zur Zwangsvollstreckung geeignet.

4. Zu Abs. 2: Der Begriff „Ehesachen" ergiebt sich aus § 568; vgl. dazu Bem. Nr. 1 vor § 568. — Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist ferner ausgeschlossen in Entmündigungsprozessen: §§ 613 Abs. 1, 620, 624. Vgl. a. § 658.

§ 645.

Die Rechtskraft der Urteile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

Mot. S. 393. KPr. S. 331—334, 562.

1. Der § 645 erläutert den Ausdruck „rechtskräftig" in § 644.

a) Urteile, gegen die weder ein Rechtsmittel (über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 vor § 472 S. 599) noch der Einspruch zulässig ist, werden mit der Verkündung rechtskräftig [vgl. RG. Entsch. XIII S. 355]. Hierzu gehören die Urteile des Reichsgerichts und der Landgerichte als Berufungsinstanz, soweit sie nicht Versäumnisurteile sind, sowie Urteile, die nach Zurücknahme der Klage nur im Kostenpunkte entscheiden; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 94 und Bem. Nr. 5 litt. b zu § 243. Urteile der Oberlandesgerichte sind, auch wenn sie über vermögensrechtliche Ansprüche erlassen sind und nach dem Inhalte der Entscheidung die Revisionssumme nicht vorhanden sein kann, nicht sofort rechtskräftig, weil § 509 die Revision aus gewissen Gründen ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes

Digitized by Google

zuläßt. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 292 bei N. 8, Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 237, Haarmann eod. S. 385 und Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 280 N. 34, RG. 26. Sept. 1882 Entsch. VIII Nr. 102 S. 357. Weniger bestimmt: RG. 25. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 117 S. 381 ff.]

b) Gegen Versäumnisurteile aller Instanzen mit Ausnahme der nach § 216 Abs. 2 oder § 310 ergangenen ist der Einspruch zulässig. Die Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Einspruchsfrist. Die rechtzeitige Einlegung des Einspruchs hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

c) Die von den Amtsgerichten und den Landgerichten in erster Instanz erlassenen Urteile, die keine Versäumnisurteile sind, und solche Versäumnisurteile, gegen die kein Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Berufungsfrist. Die Rechtskraft eines nicht mit Einspruch, sondern nur in beschränktem Maße (§ 474) mit Berufung anfechtbaren Versäumnisurteils ist hiernach weiter hinausgeschoben, als die eines mit Einspruch anfechtbaren Versäumnisurteils. Dies ist wegen der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 648 Nr. 3) unbedenklich. Die rechtzeitige Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

d) Von den Oberlandesgerichten erlassene Urteile, die keine Versäumnisurteile sind, und solche Versäumnisurteile, gegen die kein Einspruch zulässig ist, werden rechtskräftig mit Ablauf der Revisionsfrist. Die rechtzeitige Einlegung der Revision hemmt den Eintritt der Rechtskraft.

Ad b—d: Dadurch, daß ein Rechtsmittel oder der Einspruch in Verbindung mit einem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Ablauf der Notfrist eingelegt wird, wird die Rechtskraft nicht gehemmt und nicht aufgehoben; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 647.

2. Die ordnungsmäßige, rechtzeitige Einlegung eines an sich statthaften Rechtsmittels oder Einspruchs hemmt den Eintritt der Rechtskraft des ganzen Urteils, nicht bloß desjenigen Teils, der im Einlegungsakte angegriffen wird; denn die Erweiterung des Angriffs ist bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung möglich; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 480, Bem. Nr. 1 zu § 496, Bem. Nr. 2 Abs. 1 zu § 516, Bem. Nr. 1 zu § 522, dann § 523. Aus der Möglichkeit der Anschließung an die Rechtsmittel der Berufung und Revision folgt, daß bei Einlegung eines Rechtsmittels auch der Teil des Urteils, der zu Gunsten der das Rechtsmittel einlegenden Partei lautet, trotz Ablaufs der Rechtsmittelfrist für den Gegner nicht die Rechtskraft beschreitet; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 482 und Bem. Nr. 1 zu § 518.

3. Wegen der Rechtskraft der nach § 248 Abs. 2 und § 276 Abs. 2 möglichen Endurteile, die auf einem noch nicht rechtskräftigen Zwischenurteile beruhen, s. Bem. Nr. 4 zu § 248 und Bem. Nr. 4 Abs. 2 zu § 276.

4. Der Verzicht auf den Einspruch oder auf das zustehende Rechtsmittel bewirkt die Rechtskraft des Urteils; denn der Verzicht macht Einspruch und Rechtsmittel unzulässig. Wenn und solange aber auch der Gegner dessen, der auf das Rechtsmittel verzichtet, das Rechtsmittel einlegen kann, hat der Verzicht jene Wirkung nicht, weil er die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners nicht hindert (§ 482 Abs. 1). Verzichten beide Parteien auf Rechtsmittel, so tritt die Rechtskraft sofort ein. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 293 bei N. 12, Petersen (2) S. 906, A. Förster N. 2, Falkmann Zwangsvollstr. S. 9. AM. Schwalbach Arch. f. c. Pr. LXIV S. 286 ff., auf Grund der unhaltbaren Annahme, die Zulässigkeit in § 645 bedeute nicht die Zulässigkeit im einzelnen Falle; ferner Troll Vers.Urt. S. 208 wegen der Möglichkeit durch Vereinbarung den Verzicht außer Kraft zu setzen; aber deswegen macht der Verzicht doch das

Digitized by Google

Rechtsmittel unzulässig, solange er nicht außer Kraft gesetzt ist.] Insoweit die Zurücknahme des Einspruchs oder des Rechtsmittels einen Verzicht auf den Einspruch auf das Rechtsmittel enthält (darüber vgl. Bem. zu § 311 g. E. und Bem. Nr. 5 litt. a zu § 476), bewirkt die Zurücknahme die Rechtskraft des Urteils. [AM. Schwalbach a. a. O. S. 306.]

§ 646.

Zeugnisse über die Rechtskraft der Urteile sind auf Grund der Prozeßakten vom Gerichtsschreiber erster Instanz und, solange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieser Instanz zu erteilen.

Insoweit die Erteilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugnis des Gerichtsschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß innerhalb der Notfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei.

Mot. S. 393, 394. KPr. S. 334, 562.

1. Zeugnisse über die Rechtskraft können nötig werden mit Rücksicht auf Statusverhältnisse, Amortisation von Urkunden, Eintragungen im Hypothekenbuch u. dgl. (Mot. S. 393, nordd. Prot. IV S. 2008). Vgl. preuß. Ges. über den Eigentumserwerb an Grundstücken v. 5. Mai 1875 §§ 3, 14, 19, Nr. 2, 53; preuß. Grundb.Ordn. § 94 Nr. 2 und 4. Der Gerichtsschreiber hat übrigens die Bedürfnisfrage nicht zu prüfen [RG. 10. Okt. 1892 Entsch. XXX Nr. 98 S. 336]. Ist ein Urteil schon mit der Verkündung rechtskräftig (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 645), so bedarf es keines Rechtskraftzeugnisses. — Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht auf Grund eines Zeugnisses über die Rechtskraft, sondern auf Grund der Vollstreckungsklausel (§§ 662, 663). Übrigens bezieht sich Abs. 2 des § 646 auch auf die zur Erlangung der Vollstreckungsklausel verlangten Zeugnisse. — § 646 ist auf Entscheidungen, die keine Urteile sind, entsprechend anzuwenden [RG. 5. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 88 S. 392].

2. Da das Zeugnis über die Rechtskraft ebenso wie die Vollstreckungsklausel auf Grund der Prozeßakten zu erteilen ist, so ist die Erteilung dem Gerichtsschreiber der Instanz zugewiesen, bei der sich die Prozeßakten befinden. Das ist die erste Instanz, wenn nicht der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist. Anhängig ist zwar der Rechtsstreit in einer höheren Instanz erst von der Zustellung der Rechtsmittelschrift an. Weil aber der Gerichtsschreiber, bei dem sich die Akten befinden, zuständig ist und nach § 505 der Gerichtsschreiber der Rechtsmittelinstanz die Akten einfordert, sobald die Rechtsmittelschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, so ist von diesem Zeitpunkte an der Gerichtsschreiber der höheren Instanz zuständig. [Vgl. RG. 7. Juli 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 387.] Dessen Zuständigkeit dauert fort nicht bloß bis zur Verkündung des Urteils der Rechtsmittelinstanz, sondern solange das Verbleiben der Akten bei der Rechtsmittelinstanz für die Abfassung, Ausfertigung und den Aushang des Urteils erforderlich ist [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XI S. 104. AM. Marcus eod. S. 105]. Ein gerichtlicher oder dem Gerichte angezeigter Vergleich erledigt die Rechtsmittelinstanz; nicht das Ausbleiben beider Parteien im Verhandlungstermine [aM. Schneider Arch. f. c. CPr. LXIV S. 425]. Der Gerichtsschreiber der höheren Instanz hat hiernach die Rechtskraft zu bezeugen, wenn Teile von Urteilen der Vorinstanz oder Teilurteile der Rechtsmittelinstanz die Rechtskraft beschreiten [RG. 9. August 1887 Entsch. XVIII Nr. 99 S. 424], ferner, wenn ein nur von einem oder gegenüber einem Streitgenossen angefochtenes Urteil gegenüber dem anderen Streitgenossen rechtskräftig geworden ist [RG. 16. Juni 1880 SA. XXXVI Nr. 87],

Digitized by Google

aber auch bezüglich der bestätigten Urteile der Vorinstanz, solange die Akten bei dem Rechtsmittelgerichte erforderlich sind.

3. Ob die Rechtskraft eingetreten ist, hat der Gerichtsschreiber zu prüfen. Das Gesetz verweist ihn zunächst auf die Prozeßakten. Daraus allein kann er aber die Rechtskraft nicht ersehen, wenn ein Rechtsmittel oder der Einspruch zulässig ist, weil der Zustellungsnachweis fehlt. Daher hat, wer das Zeugnis verlangt, die Zustellung durch Vorlegung der Zustellungsurkunde nachzuweisen. Soweit jedoch die Zustellung des Urteils von Amtswegen erfolgt (§ 582), hat der Gerichtsschreiber den Nachweis der Zustellung nicht von der Partei zu verlangen, sondern aus den Akten zu entnehmen [vgl. RG. 17. Sept. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1200]. Mit der Zustellung ist die Eröffnung, nicht der Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist dargethan. Daß Einspruch nicht eingelegt ist, kann der Gerichtsschreiber aus seinen Akten ersehen. Nicht aber, daß ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist; deshalb wird er regelmäßig von der Partei das in Abs. 2 erwähnte Zeugnis des Gerichtsschreibers des Obergerichts verlangen. Auf dieses Zeugnis hin **muß** der Gerichtsschreiber der unteren Instanz die Rechtskraft bezeugen. Doch ist das Zeugnis nicht absolut notwendig. Die Motive (S. 394) sagen dies ausdrücklich; sie fügen bei:

„Unter Umständen wird schon der Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten in die höhere Instanz (§§ 506, 529) ein nachgewiesener Verzicht ꝛc. ihm die zur Erteilung des Attestes notwendige Überzeugung gewähren. Bei seiner ununterbrochenen geschäftlichen Verbindung mit dem Vorsitzenden des Gerichts wird er sich in zweifelhaften Fällen leicht mit diesem in Einvernehmen setzen können (vgl. nordd. Prot. IV S. 1973, 1974)."

Dies steht mit dem Gesetzestexte im Einklange. „**Genügt**" bezeichnet, womit sich der Gerichtsschreiber begnügen, nicht, was er fordern muß. — Es kann vorkommen, daß bei dem Rechtsmittelgerichte ein Termin zum Zwecke der Einlegung eines Rechtsmittels nachgesucht und bestimmt wurde, daß aber die Einlegung, d. i. die Zustellung des Schriftsatzes mit der Ladung, unterblieb. Die Negative, daß die Zustellung des Schriftsatzes innerhalb der Rechtsmittelfrist unterblieb, wird die Partei, an die zugestellt werden müßte, regelmäßig nicht erweisen können. Der Gerichtsschreiber der Rechtsmittelinstanz, dem nach dem Vem. Nr. 2 die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses zufiele, kann aber das Zeugnis nicht erteilen, weil bei dem Rechtsmittelgerichte ein Termin bestimmt ist. Er hat das Gesuch um das Zeugnis abzuweisen und diese Verfügung dem Gesuchsteller zuzustellen (§ 294). Dagegen kann der Gesuchsteller die Entscheidung des Gerichts nachsuchen, dem der Gerichtsschreiber angehört (§ 539); dieses kann den Gegner zur schriftlichen Erklärung auffordern oder auch mündliche Verhandlung anordnen (arg. § 536) und so die Sache erledigen. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 5 Abs. 4, Gaupp II S. 298 bei N. 18, Petersen (2) S. 907 f., A. Förster N. 3a, Falkmann Zwangsvollstr. S. 15. Nach Wilm. Levy N. 5 soll der Gesuchsteller den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Untergericht laden und die Feststellung der Rechtskraft beantragen; ebenso KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 315; im Gesetze ist aber ein derartiges Verfahren nicht vorgesehen. Das von Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 333 ff., vgl. a. Scherer eod. V S. 490, vorgeschlagene Auskunftsmittel — Abforderung der Handakten des Gegners — ist nicht brauchbar, denn der Gerichtsschreiber ist dazu nicht befugt, und die Partei ist nicht verpflichtet, ihm die Akten zu geben. Ebensowenig ist der von Kleiner III S. 11 N. 6 vorgeschlagene Ausweg — Ladung des Schuldners durch den Gläubiger vor die Rechtsmittelinstanz und Antrag auf Verwerfung des Rechtsmittels — gangbar, weil das Rechtsmittel noch nicht eingelegt ist; vgl. RG. Entsch. XXI S. 375 ff.]

Hat der Gerichtsschreiber dienstlich erfahren, daß ein Rechtsmittel eingelegt ist, so

Digitized by Google

ist nicht ausgeschlossen, daß er gleichwohl die Rechtskraft bezeugt, wenn er das Rechtsmittel für an sich unstatthaft oder für verspätet oder für nicht in der gesetzlichen Form eingelegt hält; aber der Gerichtsschreiber wird, soweit es sich um die Form der Einlegung handelt, selten in der Lage sein, die Zulässigkeit zu prüfen, und wird überhaupt in zweifelhaften Fällen das Zeugnis verweigern. [Vgl. Haas Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 838 f., Falkmann Zwangsvollstr. S. 12 f. — Wilm. Levy N. 5 u. Gaupp II S. 297 bei N. 10 sind der Ansicht, daß der Gerichtsschreiber bei rechtzeitiger Einlegung eines an sich statthaften Rechtsmittels das Zeugnis stets versagen müsse.] — Daß die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Notfrist nachgesucht ist, hindert die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nicht, weil das Wiedereinsetzungsgesuch die Rechtskraft nicht aufhebt (arg. § 647).

4. Verweigert der Gerichtsschreiber das verlangte Zeugnis, so kann der Gesuchsteller die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen; gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts, die die Erteilung des Zeugnisses ebenfalls ablehnt, steht dem Gesuchsteller die einfache Beschwerde zu (§§ 530, 539). Der § 701, der gegen Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren die sofortige Beschwerde vorschreibt, greift hier nicht ein, weil die Erteilung des Zeugnisses und folglich auch die Entscheidung darüber, ob das Zeugnis zu erteilen sei, nicht innerhalb der Zwangsvollstreckung liegt, ganz abgesehen davon, daß das Zeugnis auch zu anderem Zwecke als zur Einleitung der Zwangsvollstreckung verlangt werden kann. [Vgl. Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy (6) N. 5 Abs. 4, Gaupp II S. 207 bei N. 20, RG. 5. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 88 S. 391. AM. frühere Aufl. dieses Komm. sowie Petersen (2) S. 908, Hellmann Komm. III S. 9, Falkmann Zwangsvollstr. S. 15 u. A. Unbestimmt: RG. Entsch. IX S. 386.] Gegen die Erteilung des Zeugnisses kann der Gegner weder die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen noch sich beschweren (arg. § 530).

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 38, 39; GO. s. RA. §§ 24, 25.

§ 647.

Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Mot. S. 394, 395. KPr. S. 334, 562.

1. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211 ff.) und die Wiederaufnahmeklagen (§§ 541 ff.) heben die eingetretene Rechtskraft nicht auf und hemmen an und für sich die Zwangsvollstreckung nicht. Auf Antrag kann jedoch angeordnet werden:

a) daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung oder gegen Leistung einer höheren Sicherheit [RG. 20. Nov. 1890 Entsch. XXVII Nr. 93 S. 364] stattfinde. Auf die Sicherheitsleistung ist § 101 anwendbar. Die Hinterlegung des Streitgegenstandes ist daher als Sicherheitsleistung nicht zulässig. Zwar sagen die Motive S. 394:

„Die Zulassung der Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner war

Digitized by Google

nicht besonders zu erwähnen, da sie nur eine Art der sowohl vom Schuldner als vom Gläubiger zu leistenden Sicherheit darstellt."

Da jedoch in §§ 652 Abs. 2, 659, 661 Nr. 3, 716 Abs. 2, 738 die Hinterlegung neben der Sicherheitsleistung ausdrücklich genannt ist, so ist aus der Nichterwähnung in § 647 die Unzulässigkeit zu folgern. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy (6) N. 6, Gaupp II S. 298, 299 bei N. 7 u. a., RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 316.] Das Gericht bestimmt die Höhe der Sicherheit. Wegen der Rechte des Schuldners an der Sicherheit vgl. Bem. Nr. 4 zu § 709. Die Sicherheit haftet dem Gläubiger für das, wozu der Schuldner verurteilt ist, wenn das vorl. vollstr. Urteil rechtskräftig wird, nicht bloß für den Schaden, der dadurch entsteht, daß die Vollstreckung einstweilen unterblieb [RG. 11. Jan. 1890 Entsch. XXV Nr. 85 S. 374].

b) Daß die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung eingestellt werde. Diese Anordnung kann nur getroffen werden, wenn der Schuldner glaubhaft macht (§ 266), daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Soweit hiernach die Einstellung ohne Sicherheitsleistung möglich ist, kann auch die Einstellung gegen Hinterlegung des Streitgegenstandes angeordnet werden.

c) Daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Da dem Gläubiger durch die Vollstreckungsmaßregeln Rechte erworben sind, so kann die Aufhebung nur gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden [vgl. RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 316]. Wegen der Sicherheitsleistung gilt das ad a Bemerkte.

Die unter a—c erwähnten Anordnungen können sowohl vor wie nach Beginn der Zwangsvollstreckung getroffen werden [RG. 30. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 107 S. 395 OLG. Breslau SA. L Nr. 137], aber nicht mehr, wenn die Zwangsvollstreckung beendigt ist; was der Gläubiger erhalten hat, kann ihm nicht mehr abgenommen werden [RG. 15. Febr. 1888 Entsch. XXIII Nr. 75 S. 336.].

Derartige Anordnungen sind keine einstweiligen Verfügungen im Sinne der §§ 814 ff., vgl. Bem. Nr. 3 zu § 814.

2. Die Entscheidung über den Antrag auf Einstellung der Vollstreckung rc. steht dem Gerichte zu, das über die Anfechtung zu entscheiden hat, da wesentlich deren voraussichtlicher Erfolg zu berücksichtigen ist. Soweit für das Verfahren vor diesem Gerichte der Anwaltszwang besteht, muß der Antrag von einem bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalte gestellt werden. Die Entscheidung kann bei dem ersten Anbringen der Anfechtung und deshalb ohne mündliche Verhandlung erfolgen; sie erfolgt durch Beschluß. Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. — Die Anfechtung des Beschlusses über den Einstellungsantrag ist ausgeschlossen, weil sie der Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren könnte. Da die Einstellung nur eine einstweilige ist, so kann sowohl das Instanzgericht als im Laufe einer höheren Instanz das Gericht dieser Instanz jederzeit eine andere Anordnung erlassen; damit ist dem Bedürfnisse einer Änderung der ersten Entscheidung genügt (Mot. S. 395). Gleichwohl hat das RG. 2. Okt. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 106, 8. März 1889 Entsch. XXV Nr. 93 S. 402 f., 20. Jan. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 401, 30. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 107 S. 394 die Beschwerde in Fällen zugelassen, wo es sich darum handelte, ob die Voraussetzungen zu einer einstw. Anordnung vorliegen.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4.

§ 648.

Auch ohne Antrag sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

Digitized by Google

1) Urteile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurteilung aussprechen (§ 278);
2) Urteile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurteile ausgedrückten Folgen aussprechen;
3) ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnisurteil;
4) Urteile, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden;
5) Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden;
6) Urteile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, soweit die Alimente für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Mot. S. 388, 395—397, 399, 454, 455. KPr. S. 334—339, 562, 563, 725—731.

1. Litteratur zu §§ 648, 649: Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 236 ff., Hallbauer Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 14 ff., Boost Wenglers Arch. 1881 S. 321, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 123 ff., Auerbach Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 615 ff.

2. Aus Endurteilen, die für vorläufig vollstreckbar erklärt sind, findet die Zwangsvollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft statt. Die vorläufige Vollstreckbarkeit hört bei Erhebung des Einspruchs und bei Einlegung eines Rechtsmittels nicht auf (vgl. § 657). Urteile, die mit der Verkündung die Rechtskraft beschreiten (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 645), sind nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil sie ipso iure sofort vollstreckbar sind. Die Vorschriften des § 648 — vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung von Amtswegen — und des § 649 — vorl. Vollstr.Erkl. auf Antrag — gelten, soweit nicht aus § 648 Nr. 1, 2, 3 sich Beschränkungen ergeben, für kontradiktorische und für Versäumnisurteile; sie gelten für die Urteile aller Instanzen.

3. Vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung. a) Wird in den Fällen der §§ 648 Nr. 1—4, Nr. 6, 649, 650 eine Verurteilung des Beklagten oder Widerbeklagten in der Hauptsache und im Kostenpunkte ausgesprochen, so erstreckt sich die vorläufige Vollstreckbarkeit auch auf die Verurteilung des Beklagten oder Widerbeklagten im Kostenpunkte. Der hann. Entw. § 646 Abs. 3 und die württ. PrO. § 648 Abs. 4 verboten nach dem Vorbilde des Code de proc. art. 137 die vorläufige Vollstreckung der Kostenentscheidung. Die nordd. Komm. lehnte einstimmig die Aufnahme einer derartigen Vorschrift ab, weil ein solches Verbot, namentlich in Versäumnisfällen, die Parteien nutzlos belästige (nordd. Prot. 2100). Auch die späteren Entwürfe enthalten kein Verbot der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung, folgen also dem nordd. Entwurfe. Die Entstehungsgeschichte beweist, daß man die Kostenentscheidung jedenfalls nicht schlechthin von der vorläufigen Vollstreckbarkeit ausnehmen wollte. Da die Verurteilung des in der Hauptsache unterliegenden Beklagten (Widerbekl.) zur Tragung der Prozeßkosten ein Accessorium der Verurteilung in der Hauptsache ist und Nebenansprüche im allgemeinen gleich dem Hauptanspruche zu behandeln sind, so erstreckt sich in diesem Falle die vorläufige Vollstreckbarkeit auch auf die Kosten. [So auch Struckm. Koch N. 5 zu §§ 648—659, Wilm. Levy N. 2 zu § 648, Gaupp II S. 301, Petersen (2) S. 913, Hellmann Lehrb. S. 808 u. a. AM. Siebenhaar S. 614 N. * ohne Begründung, Hellmann Komm. III S. 11 mit irrtümlicher Begründung. b) Anders liegt die Sache, wenn der Kläger oder Widerkläger ganz oder teilweise zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt wird. Daß die Verurteilung des

Digitized by Google

Klägers im Kostenpunkte nicht auf Grund des § 648 Nr. 1 und 6 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, ist ohne weiteres klar. Das Gleiche muß aber auch für alle anderen Fälle behauptet werden. Nicht bloß kennt das franz. Prozeßrecht, dem die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile mehr oder weniger nachgebildet ist, keine vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs, sondern es treffen auch die Erwägungen, die in dem Falle ad a zur Ausdehnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die Kosten führen, hier nicht zu. Daß die Ausschließung der Kosten von der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Hauptanspruchs die Parteien nutzlos belästige, kann man hier nicht sagen. Der Anspruch des Beklagten oder Widerbeklagten auf Kostenerstattung ist kein accessorischer, sondern ein selbständiger Anspruch; von Gleichstellung mit einem Hauptanspruche kann also nicht die Rede sein. Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis nach vorläufiger Vollstreckbarkeit des den Kläger zur Kostenerstattung verurteilenden Urteils. Zur Unterstützung mag noch angeführt werden, daß § 655 Abs. 2 nur von einer Verurteilung des Klägers zur Erstattung des auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils Gezahlten oder Geleisteten an den Beklagten redet. Speziell gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung des Klägers im Kostenpunkte aus §§ 649 Nr. 4 besteht der Einwand, daß sich bei Erlassung des Urteils nicht immer absehen läßt, ob der Kostenerstattungsanspruch die Summe von 300 ℳ übersteigt. Aus diesen Gründen ist die vorläufige Vollstreckbarkeit der Verurteilung des Klägers im Kostenpunkte als unzulässig zu erachten. [So auch Hallbauer a. a. O., zunächst mit Bezug auf § 649 Nr. 4, aber auch allgemein S. 35, Wilm. Levy N. 4 zu § 649 zunächst zu § 649 Nr. 4, OLG. Cassel speziell zu § 649 Nr. 4 Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 406 u. SA. LIV Nr. 290, OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 78 in Bezug auf § 649 Nr. 4. AM. Struckm. Koch N. 5 zu §§ 648—659 allgemein, Gaupp II S. 301—303 für die Fälle des § 648 Nr. 2, 3, 4, § 649 Nr. 1—3 (dagegen bezügl. des § 649 Nr. 4 zustimmend), Petersen (2) S. 913, Just a. a. O. S. 123 ff., 133 ff., für die Fälle des § 649 Nr. 1—3, teilweise auch für § 649 Nr. 4, Hellmann Lehrb. S. 808, Boost und Auerbach a. a. O. speziell im Falle des § 649 Nr. 4, OLG. Kiel SA. XLVII Nr. 300 in Bezug auf § 649 Nr. 4.]

4. Zu Nr. 1: Es ist gerichtliches Anerkenntnis im Sinne des § 278 erforderlich.

5. Zu Nr. 3: Nicht bloß das Versäumnisurteil auf Grund des § 310, sondern jedes zweite oder fernere Vers.Urteil gegen den Beklagten, vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 310; ferner das den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl abweisende Vers.Urteil [vgl. Brettner a. a. O. S. 238, Meyer Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 182].

6. Zu Nr. 4: Einerlei, ob das Urteil mit oder ohne Vorbehalt der Rechte erging. Darüber, ob die vorläufige Vollstreckbarkeit des Vorbehaltsurteils mit dessen formeller Rechtskraft in definitive Vollstreckbarkeit übergeht, s. Bem. 3 zu § 562.

7. Zu Nr. 5: Aus den Motiven: „Alle Urteile, durch welche Arreste aufgehoben werden (§§ 805—807), sollen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Es sind darunter auch diejenigen Urteile zu verstehen, welche eine Abänderung des Arrestes zu Gunsten des Schuldners enthalten. . . . . Als Regel kann, wie bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils, nicht die Fortdauer der vorläufigen Maßregel des Arrestes nach dessen Aufhebung durch ein, wenn auch nicht rechtskräftiges Urteil gelten; nicht die sofortige Aufhebung des Arrestes, sondern die Fortdauer desselben muß durch besondere Umstände gerechtfertigt werden." [Vgl. RG. 8. März 1889 Entsch. XXV Nr. 93 S. 403.]

8. Zu Nr. 6: Über den Begriff „Alimente" s. Windscheid Pand. II § 475, Schanz Arch. f. c. Pr. LXIX S. 243 ff. Die nach dem Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 2 dem Geschädigten zuerkannte Entschädigung fällt nicht unter den Begriff „Alimente". [So

Digitized by Google

auch Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 452 N. 35, Berl. OTr. SA. XXXV Nr. 128, ROHG. 5. Sept. 1877 Entsch. XXII Nr. 74 S. 324, 8. März 1878 XXIII Nr. 77 S. 219, RG. 23. Jan. 1880 Entsch. I Nr. 85 S. 232. AM. Posselt Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 344, v. Krawel Mag. f. DR. IV S. 73 ff.] Wohl aber gehört die nach § 3 Nr. 1 desf. Ges. einem Dritten, der gegen den Getöteten Anspruch auf Unterhalt hatte, zustehende Ersatzforderung gegen den Unternehmer zu den Alimenten. [Vgl. Mandry a. a. O. S. 452, Dernburg pr. PrR. II § 297 S. 9, Stegemann Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 30 ff., Schanze a. a. O. S. 254; s. a. ROHG. Entsch. XXII S. 325 Note. AM. Gaupp II S. 302 N. 18.] — Neue Fassung des § 648 Nr. 1 s. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 766.

9. Im Verfahren vor den Gewerbegerichten sind nach RG. v. 29. Juni 1890 (RGBl. S. 141) § 56 Abs. 2 die der Berufung oder dem Einspruche unterliegenden Urteile von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie die in Nr. 1 des § 3 bezeichneten Streitigkeiten betreffen oder der Gegenstand der Verurteilung an Geld oder Geldeswert die Summe von 300 ℳ nicht übersteigt. Ferner sind nach § 72 Abs. 2 des cit. Gesetzes die Entscheidungen des Gemeindevorstehers (§§ 71 f.) von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären; diese sind aber im Verwaltungszwangsverfahren zu vollstrecken.

§ 649.

Urteile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn sie betreffen:

1) **Streitigkeiten zwischen Vermietern und Mietern von Wohnungs- und anderen Räumen wegen Überlassung, Benutzung und Räumung derselben sowie wegen Zurückhaltung der vom Mieter in die Mietsräume eingebrachten Sachen;**
2) **Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die im § 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten, insofern dieselben während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;**
3) **Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirtszechen, Fuhrlohn, Überfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;**
4) **andere vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurteilung an Geld oder Geldeswert die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt; in betreff des Wertes des Gegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3—9 zur Anwendung.**

Mot. S. 297, 396. KPr. S. 339, 563, 725—731, 745, 746. 168. Sitz. S. 7—13.

1. Nach dem Entwurfe sollten alle Urteile der Amtsgerichte ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Die JK. d. RT. beschloß, die vorläufige Vollstreckbarkeit der in § 649 bezeichneten Urteile von einem Antrage abhängig zu machen, andererseits aber die vorl. Vollstreckbarkeit nicht bloß dann eintreten zu lassen, wenn diese Urteile von Amtsgerichten, sondern auch, wenn sie von höheren Gerichten in erster oder zweiter

Digitized by Google

Instanz erlassen werden. § 649 ist also auch dann anwendbar, wenn einer der in § 649 bezeichneten Prozesse in erster Instanz vor einem Landgerichte entschieden wird.

2. Die in Nr. 1—3 bezeichneten Streitigkeiten sind dieselben, die in GVG. § 23 Nr. 2 Abs. 1—3 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zur Zuständigkeit der Amtsgerichte verwiesen sind.

Zu Nr. 1: Auch das Urteil, worin ein Mieter wegen Anfechtung des Mietvertrags durch den Vermieter oder wegen eines dem Vermieter zustehenden Rücktrittsrechts zur Räumung verurteilt wird, gehört hierher. [Vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVI S. 223 ff.]

Zu Nr. 2: An Stelle des hier angezogenen § 108 der Gewerbeordnung wurde durch RG. v. 17. Juli 1878 (RGBl. S. 199) der § 120a der Gewerbeordnung gesetzt (vgl. die neue Redaktion der Gew.Ordn. RGBl. 1883 S. 177), so daß die Verweisung in § 649 Nr. 2 der CPrO. nunmehr auf den § 120a der Gew.Ordn. zu beziehen war. Dieser § 120a wurde dem durch das RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 78 Abs. 1 aufgehoben; zugleich ist in § 78 Abs. 2 bestimmt: „Soweit auf denselben zur Bezeichnung der in Abs. 1 daselbst erwähnten Streitigkeiten in anderen Gesetzesstellen Bezug genommen wird, tritt der § 3 Abs. 1 dieses Gesetzes an seine Stelle." Sonach sind die Worte „sowie die in § 108 der Gewerbeordnung bezeichneten Streitigkeiten" durch die Worte: „sowie die in § 3 Abs. 1 des Reichsgesetzes, betreffend die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 bezeichneten Streitigkeiten" zu ersetzen. Der § 3 Abs. 1 lautet:

> Die Gewerbegerichte sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig für Streitigkeiten
> 1. über den Antritt, die Fortsetzung oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie über die Aushändigung oder den Inhalt des Arbeitsbuches oder Zeugnisses,
> 2. über die Leistungen und Entschädigungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnisse, sowie über eine in Beziehung auf dasselbe bedungene Konventionalstrafe,
> 3. über die Berechnung und Anrechnung der von den Arbeitern zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge (§§ 53, 65, 72, 73 des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883, Reichsgesetzblatt S. 73),
> 4. über die Ansprüche, welche auf Grund der Übernahme einer gemeinsamen Arbeit von Arbeitern derselben Arbeitgebers gegen einander erhoben werden.

Wo Gewerbegerichte errichtet und dadurch die bezeichneten Streitigkeiten in erster Instanz den Amtsgerichten entzogen sind, kommt § 649 Nr. 2 immer noch in der Berufungsinstanz zur Anwendung.

3. Zu Nr. 4: Vgl. GVG. § 23 Nr. 1. Wegen des Begriffs „vermögensrechtliche Ansprüche" s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Auch in Prozessen, deren Streitgegenstand mehr als 300 ℳ beträgt, sind Urteile auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, die zu einer die Summe von 300 ℳ nicht übersteigenden Leistung verurteilen (KPr. S. 746 und Prot. d. 168. Sitz. S. 7—13). Wird dieselbe Person zu mehreren Leistungen verurteilt, so ist die vorläufige Vollstreckbarkeit nur auszusprechen, wenn alle Leistungen zusammengerechnet 300 ℳ nicht übersteigen. Werden Streitgenossen verurteilt, so findet keine Zusammenrechnung statt, es wäre denn, daß die Leistung nur einheitlich erfolgen kann.

4. Wegen der Antragstellung s. § 653. Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit beantragt, so muß, vorbehaltlich des § 652 Abs. 2, dem Antrage stattgegeben werden.

5. Urteile in Streitigkeiten wegen Viehmängel, wegen Wildschadens und über Ansprüche aus außerehelichem Beischlafe (vgl. GVG. § 23 Nr. 2 Abs. 4—6), sind, wenn der Gegenstand der Verurteilung 300 ℳ übersteigt, vorbehaltlich der §§ 648, 650, nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

§ 650.

Urteile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn

Digitized by Google

glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachteil bringen würde, oder wenn sich der Gläubiger erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

Mot. S. 397—399. KPr. S. 334—339, 563, 725—781, 745, 746.

Außer den Fällen der §§ 648 und 649 sind Urteile auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

a) Bei Glaubhaftmachung (§ 266) eines schwer zu ersetzenden oder schwer festzustellenden Nachteils, z. B. in Besitzstreitigkeiten, in Streitigkeiten über eine Firma. In betreff der Handelssachen bemerken die Motive, es liege kein zwingender Grund vor, für die vorläufige Vollstreckbarkeit hier leichtere Bedingungen zuzulassen, wenngleich nicht ausgeschlossen sei, „daß das Gericht in Rücksicht auf die Natur des kaufmännischen Verkehrs das Ausbleiben der Erfüllung in Handelssachen für sich allein schon als einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachteil anzusehen befugt ist."

b) Gegen Sicherheit. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit ist im Urteile auszusprechen. Die Sicherheit muß dem § 101 entsprechen. Darüber, ob eine angebotene oder schon ausgeführte Hinterlegung gewisser Wertpapiere dem § 101 entspricht, kann nachträglich ohne mündliche Verhandlung entschieden werden [vgl. Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 155]. Wegen des Beginns der Zwangsvollstreckung s. § 672 Abs. 2. Wegen der Rechte des Schuldners an der Sicherheit s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 709.

§ 651.

Wird glaubhaft gemacht, daß die Vollstreckung des Urteils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde, so ist in den Fällen des § 648 auf Antrag des Schuldners auszusprechen, daß dasselbe nicht vorläufig vollstreckbar sei; in den Fällen der §§ 649, 650 ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen.

Mot. S. 398. KPr. S. 339, 563.

1. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht schon deswegen zu versagen, weil die Vollstreckung einen schwer zu ermittelnden Schaden bringen würde, sondern der Nachteil muß *unersetzlich* sein. Wann dies der Fall ist, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist ein solcher Nachteil anzunehmen, wenn das Vermögen des Gläubigers zum eventuellen Ersatz nicht reicht.

2. Nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. das Verfahren vor den Gewerbegerichten (RGBl. S. 141) §§ 56 Abs. 3 und 72 Abs. 2 ist in diesem Verfahren, sowie in dem Verfahren vor dem Gemeindevorsteher (§ 71 ff.) die vorl. Vollstreckbarkeit (s. Bem. Nr. 9 zu § 648) nicht auszusprechen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen werde; auch kann sie von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

§ 652.

Das Gericht kann auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig machen.

Das Gericht hat auf Antrag dem Schuldner nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

Mot. S. 398. KPr. S. 339—341, 563.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1: In allen Fällen der §§ 648—650 steht es im Ermessen des Gerichts, auf Antrag des Schuldners die Vollstreckung davon abhängig zu machen, daß der Gläubiger eine dem § 101 entsprechende Sicherheit für Schadloshaltung des Schuldners leiste.

2. Zu Abs. 2: In allen Fällen der §§ 648 und 649 und in dem Falle der ersten Alternative des § 650 muß das Gericht auf Antrag des Schuldners im Urteilssatze des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils aussprechen, daß dem Schuldner nachgelassen werde, durch Leistung einer dem Betrage nach zu bestimmenden Sicherheit oder nach Wahl des Schuldners durch die Hinterlegung des Streitgegenstandes die Vollstreckung abzuwenden. Der Betrag der Sicherheit ist gleich dem Werte des Gegenstandes der Verurteilung in Hauptsache, Zinsen und Kosten zu bemessen. Um die Vollstreckung aufzuhalten, muß sich der Schuldner eine öffentliche Urkunde über Leistung der Sicherheit oder über die Hinterlegung verschaffen (§ 691 Nr. 3). Eine Frist wird ihm nicht gewährt. Der Gläubiger kann sofort nach Empfang der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Schuldner mit Vollstreckung vorgehen und ihn dadurch zur Sicherheitsleistung ꝛc. veranlassen (KPr. S. 350, 351). Ein direkter Zwang zur Sicherheitsleistung findet nicht statt [vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXII S. 68].

Stellt der Schuldner den Antrag, so kann der Gläubiger verlangen, daß ihm gegen Sicherheitsleistung von seiner Seite trotz Sicherheitsleistung des Schuldners oder Hinterlegung des Streitgegenstandes die Vollstreckung gestattet oder der hinterlegte Streitgegenstand ausgeliefert werde. Einem derartigen Antrage des Gläubigers muß stattgegeben werden. Es ist im Urteile auszusprechen, daß trotz Sicherheitsleistung des Schuldners oder Hinterlegung dem Gläubiger die Vollstreckung zu gestatten sei, wenn er Sicherheit in einem bestimmten Betrage leiste. Solange der Schuldner keine Sicherheit geleistet hat, kann der Gläubiger vollstrecken, ohne Sicherheit zu leisten; das Angebot genügt nicht. Erst wenn der Schuldner die Sicherheit geleistet oder den Streitgegenstand hinterlegt hat, hört die vorläufige Vollstreckbarkeit auf. Dann ist es Sache des Gläubigers, sie durch seine Sicherheitsleistung wieder herzustellen.

Auf den Fall des § 651 bezieht sich die Berechtigung des Gläubigers gegen Sicherheitsleistung die Vollstreckung durchzusetzen, nicht (nordd. Prot. IV S. 1962 f., Mot. S. 398).

3. Zu Abs. 1 und 2: Die Kosten der Hinterlegung sind von der unterliegenden Partei zu erstatten. [Vgl. OLG. Jena SA. XLII Nr. 56, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 329.] — Die nach § 652 getroffenen Anordnungen werden bedeutungslos, wenn die formelle Rechtskraft und damit die definitive Vollstreckbarkeit des Urteils eingetreten ist. Nach Eintritt der Rechtskraft ist die Vollstreckung nicht mehr durch eine Sicherheitsleistung bedingt und nicht mehr durch eine Sicherheitsleistung abwendbar [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 499]. Über die Frage, ob die vorläufige Vollstreckbarkeit des nach § 562 ergangenen Vorbehaltsurteils mit dessen formeller Rechtskraft in definitive Vollstreckbarkeit übergeht, s. Bem. Nr. 3 zu § 562. Wegen der Rechte der Parteien an dem Gegenstande der Sicherheit oder Hinterlegung s. Bem. Nr. 4 zu § 709.

§ 653.

Die in den §§ 649—652 erwähnten Anträge sind vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf welche das Urteil ergeht.

Mot. S. 399. KPr. S. 343, 344, 563.

1. Die in den §§ 649—652 erwähnten, auf die vorläufige Vollstreckbarkeit bezüglichen Anträge des Gläubigers wie des Schuldners können, im Gegensatze zu den in § 657 erwähnten Anträgen, nur in der mündlichen Verhandlung, aber in jedem Stadium des

Digitized by Google

Verfahrens bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das (unbedingte) Urteil ergeht, gestellt werden. Werden derartige Anträge nach dem Schlusse der Verhandlung gestellt, so sind sie als unzulässig zurückzuweisen. [Vgl. RG. 10. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 102 S. 424, OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 269.] Treten erst später Gründe für oder gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit auf, so bieten der Arrest oder die einstw. Verfügung Aushülfe (vgl. nordd. Prot. S. 1960).

Über die bezeichneten Anträge kann nur durch Urteil, nicht durch Beschluß, entschieden werden. Ist das Urteil ein Versäumnisurteil, so findet dagegen der Einspruch statt; nach Einlegung des Einspruchs greift § 657 ein. Ist das Urteil ein kontradiktorisches Urteil der ersten Instanz, so ist es durch Berufung anfechtbar (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 656); nach Einlegung der Berufung greift § 657 ein. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht können neue Anträge der in den §§ 649—652 bezeichneten Art sowohl in Bezug auf die Vollstreckbarkeit des Urteils des Berufungsgerichts, wie auch in Bezug auf die Vollstreckbarkeit des erstinstanziellen Urteils gestellt werden, denn diese Anträge sind keine neuen Ansprüche im Sinne des § 491 Abs. 2. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 308 bei N. 4, RG. 10. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 102 S. 423 ff. Abw. OLG. Celle SA. XXXVII Nr. 165.] Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nicht anfechtbar (§ 656 Abs. 2). Wird Revision in der Hauptsache eingelegt, so greift jedoch wieder der § 657 ein; auch ist nicht ausgeschlossen, daß in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgerichte neue Anträge hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des Urteils des Revisionsgerichts gestellt werden; da aber kontradiktorische Urteile des Revisionsgerichts mit der Verkündung definitiv vollstreckbar sind, so hat ein Antrag nur dann einen Sinn, wenn er in Bezug auf ein der Revision stattgebendes, den Beklagten verurteilendes Versäumnisurteil gestellt wird. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 308 bei N. 7. Nach den Mot. S. 339, denen v. Sarwey II S. 106 und v. Bülow N. 3 folgen, sollen in der Rev.Inst. Anträge in Bezug auf vorl. Vollstreckbarkeit durch die Konstruktion des Rechtsmittels als revisio in iure ausgeschlossen sein. Daraus folgt aber nicht, daß ein prozessualischer Antrag über die Vollstreckbarkeit des reformierenden Urteils der Revisionsinstanz unzulässig wäre, sondern nur, daß die Revisionsinstanz nicht dazu benutzt werden kann, um neue Anträge bezüglich der Vollstreckbarkeit des Urteils des Berufungsgerichts zu stellen.

Das Gericht, das über die bezeichneten Anträge entschieden hat, kann seine Entscheidung, abgesehen vom Falle des Einspruchs, nicht selbst abändern [RG. 13. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 178].

2. Die in den §§ 649—652 erwähnten Anträge beziehen sich auf den Inhalt der begehrten Urteilsformel und sind daher gemäß § 269 niederzuschreiben; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 269. Aus dem gleichen Grunde gilt für jene Anträge die Vorschrift des § 300 Nr. 3; es kann daher, abgesehen von den Fällen des § 648, durch ein Versäumnisurteil die vorläufige Vollstreckbarkeit nur ausgesprochen werden, wenn der Antrag darauf dem Gegner rechtzeitig zugestellt war. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 309 bei N. 11, Petersen (2) S. 918, Fitting Lehrb. (7) S. 521 N. 35 u. S. 675 N. 21, Bl. f. RA. XLV S. 373. AM. frühere Aufl. dieses Komm. und Hellmann Lehrb. S. 807, Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 237, Tränkner eod. VII S. 257, Troll Vers.Urt. S. 57, Obermeyer Bl. f. RA. XLVII S. 258 ff.] Ist der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit dem Gegner rechtzeitig zugestellt, so kann in Bezug auf diesen Antrag ein Versäumnisurteil ergehen. Bedarf der Antrag thatsächlicher Begründung, wie im Falle des § 650, so sind die dem Gegner rechtzeitig mitgeteilten Thatsachenbehauptungen als zugestanden anzunehmen; soweit

Digitized by Google

sie den Antrag auf vorl. Vollstreckbarkeit rechtfertigen, ist nach dem Antrage zu erkennen, soweit dies nicht der Fall ist, ist der Antrag abzuweisen (arg. § 296.) [Unrichtig Tränkner Ztschr. f. d. CPr. VII S. 269, der trotz der contumacia noch die Glaubhaftmachung der Behauptungen verlangt.] Gegen das im Punkte der vorläufigen Vollstreckbarkeit erlassene Versäumnisurteil, das im Falle des § 654 sogar isoliert als Ergänzungsurteil vorkommen kann, steht dem Kontumazierten der Einspruch zu. [Irrtümlich behaupten Brettner Ztschr. f. d. CPr. I S. 240 N. 5 und Tränkner eod. VII S. 264, daß der Kontumazierte die vorl. Vollstreckbarkeitserklärung allein nicht mit Einspruch, wohl aber mit Berufung anfechten könne.]

§ 654.

Ist der Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen oder ist in Fällen, in welchen ein Urteil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so kommen wegen Ergänzung des Urteils die Vorschriften des § 292 zur Anwendung.

Mot. S. 388, 399. KPr. S. 341, 342, 563, 725—731.

1. Über das Verfahren vgl. Bem. Nr. 3 zu § 292. Die §§ 295, 296 finden im Falle der Terminsversäumnis entsprechende Anwendung; bleibt der Antragsteller aus, so ist der Ergänzungsantrag abzuweisen; bleibt der Gegner aus, so sind die zur Begründung des Gegners vorgebrachten Thatsachen als zugestanden anzunehmen, soweit sie den Antrag rechtfertigen, ist demselben stattzugeben, soweit dies nicht der Fall ist, ist er abzuweisen; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 653. [AM. Troll Vers.Urt. S. 91 auf Grund der irrtümlichen Annahme, daß die Versäumnisfolge des § 296 auf diesen Fall nicht passe.] — Ist die einwöchige Frist zum Ergänzungsantrag versäumt, so kann zwar in der Rechtsmittelinstanz ein Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung neu gestellt werden, wenn durch Einlegung des Rechtsmittels zur Hauptsache die Sache zur Rechtsmittelinstanz devolviert ist (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 653), und zwar kann dies auch durch Anschließung an die Berufung des Gegners geschehen; aber der Kläger kann ein Rechtsmittel nicht lediglich deswegen einlegen, weil die erste Instanz die Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit unterließ; denn einer solchen Anfechtung würde es an der anzufechtenden Entscheidung fehlen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Gaupp II S. 310 bei N. 3, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 154. AM. Petersen (2) S. 918 und teilweise Wilm. Levy N. 1.]

2. Beantragt der Gläubiger die Ergänzung des Urteils, so kann der Schuldner die in den §§ 651, 652 erwähnten Anträge in der Verhandlung über den Ergänzungsantrag vorbringen. Der Schuldner kann keine Ergänzung beantragen, wenn ein von ihm nach §§ 651, 653 gestellter Antrag übergangen wurde. In diesem Falle muß nämlich das Urteil für vorl. vollstreckbar erklärt worden sein, die Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit fehlt also nicht. Gegen das inkorrekte Urteil kann der Schuldner Abhülfe durch Berufung suchen. [Vgl. Gaupp II S. 310 bei N. 4. AM. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1.]

§ 655.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urteils, welches die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt.

Soweit ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, ist der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung

Digitized by Google

des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen.

Mot. S. 399. KPr. S. 343, 344, 563.

1. Zu Abs. 1: Das Urteil, das die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert, kann infolge Einspruchs oder eines Rechtsmittels ergehen. „Hauptsache" bedeutet hier den Gegensatz zur vorläufigen Vollstreckbarkeit. Aufgehoben ist ein Urteil schon, wenn an dessen Stelle ein bedingtes Urteil gesetzt ward, obschon die Möglichkeit besteht, daß das Läuterungsurteil mit dem früheren Urteile übereinstimmt. [RG. 14. März 1883 Entsch. XII Nr. 96 S. 359 f. AM. Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 806.] — Um die Einstellung der Vollstreckung zu erwirken, hat der Schuldner eine Ausfertigung des aufhebenden oder abändernden Urteils nötig (§ 691 Nr. 1). Wegen der früheren Vollstreckungshandlungen s. § 692.

2. Zu Abs. 2: Diese in der Nk. d. RT. eingefügte Bestimmung gestattet dem Beklagten die Rückforderung des auf Grund des aufgehobenen Urteils ohne Zwang [RG. 30. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 102 S. 426] oder auf Grund von Vollstreckungsmaßregeln Gezahlten oder Geleisteten durch eine besondere Art von Gegenklage (vgl. §§ 503 Abs. 2, 563 Abs. 2). Diese ist keine Widerklage im Sinne der §§ 33, 491; daher findet das Verbot, in der Berufungsinstanz eine Widerklage zu erheben (§ 491), auf sie keine Anwendung. Auch in der Revisionsinstanz ist der Antrag zulässig; doch hat das Revisionsgericht nicht selbst darüber zu erkennen, sondern die Sache, auch wenn es sonst in der Sache selbst zu entscheiden hätte, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil bei der Entscheidung neue Thatsachen zu würdigen sind [RG. 18. Dez. 1890 Entsch. XXVII Nr. 10 S. 44, OLG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 408]. Der Antrag kann gestellt werden bis zum Schlusse der Verhandlung, worauf das abändernde Urteil ergeht, auch in der Verhandlung nach einem bedingten Endurteile. Der Anspruch auf Erstattung wird rechtshängig durch die Antragstellung in der mündlichen Verhandlung (arg. § 254). Über den Antrag ist mündlich zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden. Die Verurteilung ist nicht schon bei Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, sondern erst dann auszusprechen, wenn und soweit die Klage abgewiesen wird [RG. 30. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 102 S. 425], also nicht schon bei der Erlassung eines bedingten Endurteils oder bei der Aufhebung des Urteils durch die höhere Instanz ohne Entscheidung in der Sache selbst; erst bei der Abweisung der Klage ist der Erstattungsanspruch zum Urteile gereift. [Abw. RG. 26. Sept. 1893 SA. XLIX Nr. 137, OLG. Marienwerder eod. XLVIII Nr. 161.] Der Antrag kann auch mit einem Antrage auf Versäumnisurteil gegen den ursprünglichen Kläger verbunden werden. Die rechtzeitige Mitteilung des Antrags an den ursprünglichen Kläger vorausgesetzt, ist das Versäumnisurteil gegen den Kläger auf Erstattung des Gezahlten und Geleisteten unter entsprechender Anwendung des § 296 auf das thatsächliche mündliche Vorbringen des Beklagten möglich. Gegen den ausgebliebenen Beklagten ist ein Vers.Urteil bezüglich des angekündigten oder in früherer Verhandlung gestellten Erstattungsantrags nicht möglich, da der Antrag immer nur für den Fall eines gegen den Kläger lautenden Urteils gestellt ist. Wurde der Antrag in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt, so kann der Anspruch auf Erstattung nur in gesondertem Prozesse verfolgt werden. [Irrtümlicher Weise ließ das OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 68 nach dem Urteile noch einen Antrag auf Verurteilung zur Erstattung zu.] Das Urteil, worin der Kläger zur Erstattung verurteilt wird, kann nach den allgemeinen Regeln mit Einspruch oder Rechtsmitteln angefochten werden; § 656 Abs. 3 bezieht sich nicht auf dieses Urteil [RG. 30. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 102 S. 424]. Bezüglich der Vollstreckung des bezeichneten Urteils gilt

Digitized by Google

nichts besonderes; nur wenn die Voraussetzungen der §§ 647 ff. zutreffen, ist es für vorläufig vollstreckbar zu erklären [RG. 21. März 1893 Sächs. Arch. III S. 511].

War der Anspruch, der dem Kläger durch das für vorl. vollstr. erklärte Urteil zugesprochen wurde, während der Rechtshängigkeit abgetreten oder gepfändet worden und hatte der Schuldner an den Dritten gezahlt, so kann er, dem Grundsatze des § 236 gemäß, die Erstattung des Gezahlten von dem Kläger verlangen. Das den Kläger zur Erstattung verurteilende Urteil kann nicht gegen Cessionar ꝛc. vollstreckt werden, weil bezüglich des Rückerstattungsanspruchs keine Succession vorliegt.

In dem Verfahren nach § 655 kann nur die Erstattung des als Haupt- oder Nebensache (einschließlich der Kosten) Gezahlten oder Geleisteten, nicht Schadensersatz oder Zinsvergütung verlangt werden. Zinsvergütung ist sachlich nichts anderes als Entschädigung für Gewinnentgang und ist im Gesetze nicht von anderer Entschädigung geschieden. [Vgl. RG. 14. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 111 S. 416 ff., 1. Dez. 1883 eod. Nr. 112 S. 422, 27. Sept. 1888 XXI Nr. 82 S. 404, 2. Febr. 1893 XXX Nr. 130 S. 420, OLG. Jena SA. XLI Nr. 254, Kohler Prozeß als RV. S. 139 f. AM. in Bezug auf Zinsen Gaupp II S. 312 bei N. 14 im Anschlusse an Marcus Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 231 ff.] Wenn ein Anspruch auf Entschädigung oder Zinsvergütung besteht, so ist er in gesondertem Prozesse zu verfolgen. Ob ein solcher Anspruch besteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Das RG. sprach sich in den cit. UU. Entsch. XI S. 416 ff., 422, XXX S. 421 dahin aus, daß nach dem gem. Rechte kein Entschädigungsanspruch entstehe, wenn nicht Verschulden (dolus oder culpa) des Vollstreckenden vorliege. [Ebenso Tinsch Bl. f. RA. LVI S. 1 ff., 17 ff., und bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 94.] Im Entw. II e. BGB. Anm. zu § 763 ist Entschädigungspflicht in Aussicht genommen. Hatte der Gläubiger Sicherheit geleistet (§§ 650, 652 Abs. 2), so ist aus der Sicherheitsleistung zu folgern, daß der Gläubiger die vorläuf. Vollstreckung auf seine Gefahr unternehmen will; er haftet also für Schadensersatz ohne Rücksicht auf Verschulden. [Vgl. Gaupp II S. 312 N. 15, Planck Lehrb. I S. 372 bei N. 36, Wach Vortr. S. 227 f. AM. RG. 2. Febr. 1893 Entsch. XXX Nr. 130 S. 422]. Über das preuß. ALR. s. Eccius (Förster) I Anh. zu §§ 55, 56 bei N. 6, der mit dem preuß. OTr. 12. Nov. 1855 Entsch. XXXI S. 9 eine Entschädigungspflicht auch ohne Verschulden annimmt. AM. RG. Entsch. XXX S. 425 und Wolff Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 115 ff. — Die Frage nach der Haftung für Schadensersatz wegen unrechtmäßiger Vollstreckung kehrt wieder bei der Vollstreckung eines Vorbehaltsurteils nach § 503 oder § 563 und bei Vollstreckung eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung. In der Litteratur ist die Frage zumeist für den Fall des Arrestvollzugs behandelt. Diese Litteratur s. in Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu §§ 801, 802.

3. Auf vollstreckbare Beschlüsse (§ 702 Nr. 3) ist der § 655 nicht anwendbar. Abgesehen davon, daß der § 655 nicht unter den Bestimmungen angeführt ist, deren entsprechende Anwendung auf die in § 702 erwähnten Schuldtitel der § 703 vorschreibt, eignen sich die Vorschriften des § 655 nicht zur Anwendung auf das Beschwerdeverfahren. Die Vorschrift des Abs. 1 nicht, weil die Vollstreckbarkeit eines ohne Rücksicht auf Beschwerde vollstreckbaren Beschlusses (§ 535) mit der Abänderung des Beschlusses von selbst aufhört, auch ohne daß der abändernde Beschluß rechtskräftig ist. Die Vorschrift des Abs. 2 nicht, weil das Beschwerdeverfahren keine mündliche Verhandlung erfordert, während über den Anspruch auf Erstattung nur nach mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden werden kann. [Vgl. RG. 16. Jan. 1892 SA. XLVII Nr. 247, LG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 409. AM. Gaupp II S. 313 N. 16.]

Digitized by Google

§ 656.

In der Berufungsinstanz ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden.

Die Bestimmung des § 486 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung findet in diesem Falle keine Anwendung.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt.

Mot. S. 399, 400. KPr. S. 344, 563.

1. Die Vorschriften des § 656 Abs. 1, 2 beziehen sich nur auf den Fall, daß schon in der ersten Instanz eine Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit erlassen war; hatte die erste Instanz nicht darüber entschieden, sei es, daß keine Veranlassung dazu bestand, sei es, daß die Entscheidung mit Unrecht unterblieb, dann sind diese Vorschriften nicht anwendbar. [Unrichtig v. Kräwell Ztschr. f. d. CPr. IV S. 272.]

2. Zu Abs. 1: Sowohl der Kläger als der Beklagte kann die Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit durch Berufung anfechten, und zwar auch ohne die Entscheidung in der Hauptsache anzugreifen. Ein Antrag, die alleinige Anfechtung der Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit auszuschließen, wurde abgelehnt (KPr. S. 344). [Vgl. RG. 30. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 102 S. 424]. Für den Kläger besteht kaum jemals ein praktisches Interesse, bloß deswegen, weil die vorl. Vollstreckbarkeit nicht oder nicht unbedingt ausgesprochen wurde, den Weg der Berufung zu beschreiten, weil er durch die Zustellung des Urteils schneller die Rechtskraft als durch die Berufung die vorl. Vollstreckbarkeit erreichen kann. Die Anschließung kann die vorl. Vollstreckbarkeit betreffen, wenn die Berufung die Hauptsache betrifft, und umgekehrt. Wenn die Formalien der Berufung in Ordnung sind und in der mündlichen Verhandlung eine Änderung der erstinstanziellen Entscheidung sowohl in der Hauptsache wie im Punkte der vorl. Vollstreckbarkeit beantragt wird, so kann jede Partei verlangen, daß über die vorl. Vollstreckbarkeit vorab, d. i. vor der Verhandlung über die Hauptsache, verhandelt und entschieden werde. Die Entscheidung erfolgt auf Grund mündlicher Verhandlung durch Urteil. Dabei ist die Richtigkeit der erstinstanziellen Entscheidung zur Hauptsache noch nicht zu prüfen. Das Urteil ergeht über die vorl. Vollstreckbarkeit der erstinstanziellen Entscheidung, wird folglich dadurch, daß diese Entscheidung nach der Verhandlung über die Hauptsache aufgehoben wird, hinfällig. Insofern ist die Vorabentscheidung provisorisch; aber soweit das Berufungsgericht die erstinstanzielle Entscheidung zur Hauptsache bestätigt, ist es an seine Vorabentscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit gebunden (arg. § 289).

3. Zu Abs. 2: Diese Bestimmung gilt auch für den Fall, daß die Berufungsanträge nur die vorl. Vollstreckbarkeit betreffen.

4. Zu Abs. 3: Die Frage, ob eine von dem Berufungsgerichte erlassene Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit richtig sei, ist der Beurteilung des Revisionsgerichts entzogen; es begründet also eine dabei unterlaufene Verletzung des Prozeßgesetzes die Revision nicht. [AM. Gaupp II S. 314 bei N. 12.] Die Mot. S. 400 rechtfertigen dies damit, daß die Zulassung der Revision für diesen Streitgegenstand der Vergänglichkeit des Interesses der Parteien daran nicht entsprechen würde. Die Bestimmung gilt sowohl, wenn das Berufungsgericht gemäß Abs. 2 über die vorl. Vollstreckbarkeit vorab entschieden, als wenn es diese Entscheidung mit der Entscheidung zur Hauptsache verbunden hat. Sie gilt auch für den Fall, daß in der Berufungsinstanz die erstmalige Entscheidung über die vorl. Vollstreckbarkeit erlassen wurde; denn auch in diesem Falle trifft der angegebene

Digitized by Google

Grund für die Ausschließung der Revisionsinstanz zu. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die vorl. Vollstreckbarkeit erwächst auch nicht dadurch zur Kognition des Revisionsgerichts, daß gleichzeitig die Entscheidung zur Hauptsache angegriffen wird. Natürlich kann die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Hauptsache einschließlich des Erstattungsanspruchs mit Revision angefochten werden.

Durch Abs. 3 ist nicht ausgeschlossen, daß das Revisionsgericht gemäß § 657 eine der in § 647 zugelassenen vorläufigen Anordnungen erlasse.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 7, 28; GO. f. RA. §§ 20, 25.

§ 657.

Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so finden die Vorschriften des § 647 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 391, 395. KPr. S. 344, 563.

1. Die Bemerkungen zu § 647 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Entscheidung steht dem Gerichte zu, das über den Einspruch oder das Rechtsmittel zu entscheiden hat. Bei diesem Gerichte ist der Antrag zu stellen. Der Antrag kann erst nach Einlegung des Einspruchs oder des Rechtsmittels gestellt werden; der Antragsteller muß also die Einlegung nachweisen. [Vgl. RG. 13. Jan. 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 401. Unrichtig: Peters Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 653 ff.]

2. § 657 gilt auch für den Kostenfestsetzungsbeschluß, der auf Grund eines vorl. vollstreckbaren Urteils ergangen ist, wenn gegen dieses Urteil Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt ist [RG. 4. Jan. 1890 Beil. z. RAnz. S. 204], sowie bei Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbefehl (§ 640). Auf Arrestbefehle und einstw. Verfügungen ist der § 657 nicht anwendbar, da diese Entscheidungen nicht vorläufig, sondern definitiv vollstreckbar sind. Dagegen ist § 657 auf die nach § 648 Nr. 5 vorl. vollstreckbaren Urteile anwendbar, wodurch ein Arrest oder eine einstw. Verfügung aufgehoben wurde [RG. 8. März 1889 Entsch. XXV Nr. 93 S. 401 ff.].

§ 658.

Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nur in der Weise vollzogen werden, daß die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung, Protestation, arrestatorische Verfügung, Dispositionsbeschränkung u. s. w.) erfolgt.

KPr. S. 327–330, 412, 413, 563.

1. § 658 wurde in der JK. d. RT. eingefügt, damit nicht aus definitiven Einträgen Rechte Dritter erwachsen, die auch bei nachträglicher Änderung des Urteils beachtet werden müßten. Unter Eintragung ist auch eine Löschung zu verstehen. — Vorläufig vollstreckbare Urteile, die zu einer Geldleistung verurteilen, fallen nicht unter § 658. — Ob auf Grund eines solchen Urteils bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein definitiver oder bloß ein provisorischer Eintrag in das Grund- oder Hypothekenbuch erfolgt, richtet sich nach dem Landesrechte. Für Preußen vgl. Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 § 7, dazu Krech Fischer Komm. (3) S. 101; für Bayern: Ges. v. 29. Mai 1886 (Nov. z. Subh.Ordn.) Art. 41, dazu Ortenau Komm. (2) S. 504.

2. Nach den Landesgesetzen ist zu bemessen, in welcher Form die Eintragung erfolgt und welche Behörde darum anzugehen ist. Für Preußen s. Ges. üb. d. Eigentums-

Digitized by Google

erwerb ꝛc. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 60, Grundb.Ordn. v. 5. Mai 1872 §§ 88, 119, 121 (andere partikulare Gesetze s. bei Struckm. Koch N. 3); für Bayern; Hyp.Ges. §§ 27—30; für Sachsen: BGB. §§ 404—407 u. G. v. 4. März 1879 §§ 6—8; für Württemberg: Hauptinstr. z. Pfandges. §§ 194 ff. u. AG. z. CPrO. Art. 24.

3. Wird das vorl. vollstr. Urt. rechtskräftig, so ist an Stelle der provisorischen Eintragung die definitive zu setzen. Wird es aufgehoben, so kann gemäß §§ 655, 691 Nr. 1, 692 die Löschung der provisorischen Eintragung verlangt werden.

§ 659.

Ist in Gemäßheit des § 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so ist gepfändetes Geld oder der Erlös gepfändeter Gegenstände zu hinterlegen.

KPr. S. 368—370, 563.

1. § 659 wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Regelmäßig hat der GV. gepfändetes Geld und den Erlös gepfändeter Gegenstände dem Gläubiger auszuliefern. Hiervon macht der § 659 eine Ausnahme für den Fall des § 652 Abs. 2. Die Ausnahme cessiert, wenn der Gläubiger vor der Vollstreckung nach § 652 Abs. 2 Sicherheit leistet, um die vorl. Vollstreckbarkeit, die der Schuldner durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden kann, aufrecht zu erhalten. Mit § 659 hängen die §§ 716, 738 zusammen; vgl. a. § 810 Abs. 2. — Wegen des Pfandrechts an dem hinterlegten Gelde s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

2. Die Vorschrift des § 659 darf nicht auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen dem Schuldner nach §§ 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1 oder einem Dritten nach § 690 Abs. 3 nachgelassen wurde, durch Sicherheitsleistung die Einstellung der Vollstreckung zu bewirken. In diesen Fällen handelt es sich um die Einstellung der Vollstreckung aus rechtskräftigen Urteilen, im Falle des § 652 aber um die Abwendung der Vollstreckung eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils; eine verschiedenartige Behandlung ist also nicht ohne Sinn. Vgl. a. Bem. Nr. 4 litt. c zu § 716.

§ 660.

Aus dem Urteile eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist.

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 400—408. KPr. S. 344—347, 446—449, 469, 563, 564.

Litteratur über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile a) Allgemeine: Lammasch in v. Holtzendorffs Handb. des Völkerrechts III §§ 98 ff. S. 397 ff., v. Bar Theorie u. Praxis des internationalen Privatrechts (2) II S. 409 ff., bes. S. 461 ff.; derselbe Lehrb. des intern. PrR. S. 168 ff., 187 ff. Bei v. Bar ist die ältere Litteratur angeführt. Ausländische Schriftsteller: Foelix Traité du droit international ed. 4 (Paris 1866), P. Fiore Effetti internazionali delle sentenze (Pisa-Firenze 1875), Ch. Constant de l'exécution des jugements étrangers (Paris 1883), F. Moreau Effets internationaux des jugements (Paris 1884), Fr. T. Piggot The law and practice of the united Kingdom relating to foreign

Digitized by Google

judgements, 2. ed. (London 1884), G. Fusinato L'esecuzione delle sentenze straniere (Roma 1884), Chr. Daguin De l'autorité et de l'exécution des jugements étrangers (Paris 1887), Lachaud et Daguin L'exécution des jugements étrangers d'après la jurisprudence française (Paris 1889), b) Speziell auf die §§ 660, 661 bezügliche: Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 1 ff., Petersen jur. Ztschr. f. Els.-Loth. VI S. 324 ff., 370 ff., Roßhirt bad. Ann. XLVII S. 377 ff., Wach Handb. I S. 123 ff., Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 449 ff., Keyßner Journal du droit. internat. IX S. 25 ff., Keyßner und Beauchet eod. X S. 239 ff., Heidecker Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 453 (insbes. über ausländ. Ehescheidungsurteile), Kohler Ges. Beitr. S. 559 ff.

1. Ausländisch ist jedes Gericht, das nicht von dem Deutschen Reiche oder nach Maßgabe des GVG. von einem Bundesstaate bestellt ist. Zu den unter den Regeln des §§ 660, 661 stehenden Urteilen ausländischer Gerichte gehören daher nicht: a) Urteile, die im Auslande von einem Reichskonsul oder einem deutschen Konsulargerichte erlassen werden; b) Urteile, die in den deutschen Schutzgebieten von einem vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten oder von einem nach Maßgabe der Bestimmungen über die Konsulargerichte zusammengesetzten Gerichte des Schutzgebiets erlassen werden. Es macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob man die Schutzgebiete im Verhältnisse zum Reiche als Inland oder als Ausland betrachtet; auch von diesem Standpunkte aus sind jene Behörden keine ausländischen Gerichte, weil sie zur Ausübung der Gerichtsbarkeit von Reichswegen, wenn auch im Auslande, bestellt sind. Die unter litt. a und b bezeichneten Gerichte sind aber auch keine „besonderen Gerichte" im Sinne des GVG. § 14, deren Urteile nach Maßgabe des BGes. betr. die Gewährung der Rechtshülfe v. 21. Juni 1869 zu vollstrecken wären (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 644), sondern es sind deutsche Gerichte, deren Urteile im Gebiete des Reichs vollstreckbar sind, ohne daß es des Vollstreckungsurteils eines im Gebiete des Reichs gelegenen Gerichts oder einer vom Gerichte des Orts der Vollstreckung auszustellenden Vollstreckungsklausel bedarf. [Vgl. v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 411 N. 1 S. 409 und § 452 S. 590, Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 201 und S. 208, G. Meyer die staatsrechtl. Stellung der deutschen Schutzgebiete S. 104, v. Stengel die deutschen Schutzgebiete S. 171.] In der Dienstanweisung betr. die Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten von Kamerun und Togo v. 7. Juli 1888 (Centralbl. f. d. DR. S. 404) § 10, abgedruckt in Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 214 N. 7, ist anerkannt, daß die von den Gerichten der Schutzgebiete erlassenen Urteile im Deutschen Reiche vollstreckbar sind. Über Vollstreckung der von den Gerichten im Deutschen Reiche erlassenen Urteile in den deutschen Schutzgebieten s. Bem. Nr. 2 zu § 700.

2. Vorbehaltlich der in § 661 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmen können die Urteile ausländischer Gerichte in dem Deutschen Reiche vollstreckt werden; die Vollstreckbarkeit muß aber von einem inländischen Gerichte durch ein sog. Vollstreckungsurteil ausgesprochen werden. Das Vollstreckungsurteil beruht auf der Anerkennung der materiellen Rechtskraft des ausländischen Urteils (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 661); es stellt fest, daß ein formell rechtskräftiges ausländisches Urteil (§ 661 Nr. 1), daß keine der Ausnahmen (§§ 661 Nr. 3—5) vorliegt, in denen dem ausländischen Urteile die Vollstreckbarkeit versagt wird, und daß das Urteil daher im Inlande vollstreckt werden darf. Ein solches Urteil hat keinen Zweck und kann daher nicht verlangt werden, wenn das ausländische Urteil seinem Inhalte nach nicht vollstreckbar ist — z. B. als bloßes Feststellungsurteil [RG. 27. Febr. 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 372] oder als ein die Klage abweisendes Urteil — oder wenn die Handlung, zu der das ausländische Gericht verurteilt, nach dem inländischen Prozeßrechte unerzwingbar ist; daher die Ausnahme in § 661 Nr. 2. Im übrigen ist das Vollstreckungsurteil

Digitized by Google

zur Vollstreckbarkeit im Inlande durchweg nötig, auch wenn die Vollstreckung im Inlande ohne die Mitwirkung des Gerichtsvollziehers und des Gerichts vor sich geht; so im Falle des § 779 (vgl. Bem. Nr. 3 dazu), ferner zur Eintragung von Urteilen ausländischer Gerichte in das inländische Standesregister [vgl. Hinschius Komm. z. RG. v. 6. Febr. 1875 (3) S. 181]. Würde im Inlande die Vollstreckung aus einem ausländischen Urteile ohne das Vollstreckungsurteil thatsächlich versucht, so wären die Vollstreckungshandlungen nichtig. — Über das zum Schiedsspruche zu erlassende Vollstreckungsurteil s. § 868.

Durch Staatsverträge des Reichs könnte ausländischen Urteilen die Vollstreckbarkeit ohne inländisches Vollstreckungsurteil eingeräumt werden; zur Zeit bestehen aber solche Verträge des Reichs nicht. [Die deutsch-russische Konvention über die Regulierung der Hinterlassenschaften v. 12. Nov./31. Okt. 1874 enthält keine Bestimmungen über die Wirksamkeit russischer Urteile; vgl. RG. 23. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 24 S. 129 f.] Der einzelne Bundesstaat kann nicht durch Staatsvertrag ausländischen Urteilen die Vollstreckbarkeit ohne Vollstreckungsurteil des inländischen Gerichts einräumen; denn der § 660 ist Reichsrecht und kann daher nicht durch Landesrecht außer Kraft gesetzt werden. Die vor dem Reichsgesetze geschlossenen Verträge der Bundesstaaten sind durch die §§ 660, 661 modifiziert. [Vgl. Laband D. Staatsrecht (2) I S. 668, Pröbst in Hirths Ann. 1881 S. 256. AM. Gaupp I S. 319 N. 13; die von diesem cit. Entsch. des RG. XIV S. 12, XXVI S. 128 betreffen anders liegende Fälle.] Dies gilt insbesondere von denjenigen Verträgen, in welchen zugesagt ist, daß die Urteile ausländischer Gerichte auf Requisition der ausländischen Behörde durch die inländischen Gerichte vollzogen werden; trotz solchen Verträgen muß ein Vollstreckungsurteil nach § 660 von dem Gläubiger erwirkt und die Vollstreckung durch die Gerichtsvollzieher besorgt werden. Nicht weniger würden Verträge, die ausländischen Urteilen die Vollstreckbarkeit ohne die Vermittelung der inländischen Gerichte zusicherten — daß derartige Verträge beständen, war nicht zu vermitteln — durch die Vorschriften §§ 660, 661 außer Kraft gesetzt sein. Der § 706 giebt den Bundesstaaten nicht das Recht, ausländische Urteile als Vollstreckungstitel anzuerkennen, denn dieser Paragraph bezieht sich nicht auf Urteile. Über die Frage, wie Art. 18 Abs. 4 der Zusatzkonvention vom 11. Dez. 1871 zum deutsch-franz. Friedensvertrage (RGBl. 1872 S. 20), wonach die Bestimmungen des bad.-franz. Rechtshülfevertrags v. 26. April 1846 auf Elsaß-Lothringen angewandt werden sollen, sich zu §§ 660, 661 verhalten, s. Petersen jur. Ztschr. f. Els.-Lothr. VI S. 324 ff., Roßhirt bad. Ann. LXVII S. 377 ff., Francke a. a. O. S. 68 ff. — Wegen Vollstreckung der Urteile außerdeutscher Rheinschifffahrts- und Elbzollgerichte, s. preuß. Ges. v. 8. März 1879, betr. die Rheinschiff.Ger., § 12 und v. 9. März 1879, betr. die Elbzollgerichte, § 9; dazu Francke a. a. O. S. 27.

Die §§ 660, 661 gelten auch für ausländische Urteile, die vor dem Inkrafttreten der CPrO. erlassen sind [RG. 7. April 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 370, Francke a. a. O. S. 28].

3. Nur Urteile ausländischer Gerichte können die Unterlage eines Vollstreckungsurteils bilden. Unter Urteil ist hier die endgültige, der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung des Prozesses zu verstehen. Form und Name ist gleichgültig; es kommt nicht darauf an, ob die Entscheidung nach dem deutschen Prozeßrechte ein Urteil ist. Auch die Prozeßart ist gleichgültig, wenn nur die Entscheidung definitiv ist. Daher kann z. B. das Vollstreckungsurteil zu einem ausländischen Zahlungsbefehle (Mandat) erlassen werden, wenn diesem die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zukommt. [Vgl. RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 106 S. 428, 25. März 1891 XXVII Nr. 109 S. 414. AM. OLG. Dresden SA. XLII Nr. 79.] Kein Urteil im Sinne des § 660, weil keine endgültige Entscheidung

Digitized by Google

über das materielle Recht, ist der Arrestbefehl und die einstweilige Verfügung. [Vgl. Wach I S. 228, v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 440 S. 473, § 443 S. 477 N. 27. AM. Francke a. a. O. S. 33.] Auch ein mit Vorbehalt der weiteren Verteidigung oder der Nachklage ergehendes Urteil im Exekutivprozesse ist keine definitive Entscheidung, kann daher nicht Unterlage eines Vollstreckungsurteils sein. [Vgl. Wach I S. 230, v. Bar. a. a. O. S. 473. Zweifelnd Stein Urk.Proz. S. 297.] Ausländische Exekutivurkunden können in Deutschland nicht vollstreckt werden.

Nur Urteile ausländischer Gerichte können die Unterlage eines Vollstreckungsurteils bilden. Wenn die Entscheidung über einen civilrechtlichen Anspruch nach dem ausländischen Rechte dem Strafgerichte zusteht — z. B. bei Adhäsion des Beschädigten — so kann auch zu dem Urteile eines Strafgerichts das Vollstreckungsurteil verlangt werden [aM. Wach I S. 228]. Welche Behörden Gerichte sind, ist nach dem Rechte des Auslandes zu beurteilen. Auf ausländische Schiedssprüche bezieht sich der § 660 nicht. [Nach bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 75 ist das Triester Börsenschiedsgericht ein staatliches Gericht.] Darüber, ob auf Grund des ausländischen Schiedsspruchs ein Vollstreckungsurteil nach § 868 zu erteilen ist, s. Bem. Nr. 3 zu § 868.

4. Um das Vollstreckungsurteil muß das inländische Gericht durch Klage angegangen werden. Die sachliche Zuständigkeit für die Klage ist nach GVG. §§ 23, 70 zu beurteilen. Bei Berechnung des Werts des Streitgegenstandes ist nicht der im Auslande erhobene Anspruch, sondern die Verurteilung in Betracht zu ziehen. Für die Wertsberechnung sind die §§ 3—9 anwendbar. Als maßgebender Zeitpunkt (§ 4) ist nicht die Klageerhebung im Auslande, sondern die Erhebung der Klage auf das Vollstreckungsurteil zu betrachten. Beträgt der Gegenstand der Verurteilung mehr als 300 ℳ, so gehört die Vollstreckungsklage vor das Landgericht, auch wenn die ursprüngliche Klage nach GVG. § 23 Nr. 2 ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes vor das Amtsgericht gehörte; denn obwohl durch das Urteil keine Novation vor sich geht, so ist doch der Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung im Prozesse über die Vollstreckungsklage nicht mehr die ursprüngliche Streitigkeit über Rechte und Pflichten aus Miet-, Dienst-, Arbeitsvertrag ꝛc. ꝛc., sondern lediglich die Frage der Vollstreckbarkeit (vgl. Bem. Nr. 1). [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 320 bei N. 26 u. a. Unrichtig Sarwey II S. 113, Francke a. a. O. S. 92.] Aus dem gleichen Grunde ist die Kammer für Handelssachen nicht für die Vollstreckungsklage zuständig, wenn auch der ursprüngliche Prozeß vor die Kammer für Handelssachen gehörte. Nach dem Entwurfe, der selbständige Handelsgerichte in Aussicht genommen hatte, war das zweifellos, weil in dem § 610 (= § 660 der CPrO.) die Handelsgerichte nicht genannt waren. Die Mot. S. 403 bemerken unter Berufung auf den nordd. Entw. § 897 und die nordd. Prot. IV S. 1979, die Zuständigkeit der Handelsgerichte sei ausgeschlossen, „weil die Sache selbst, deren Natur diese Zuständigkeit begründen könnte, nicht mehr zur Erörterung komme." — Der Gerichtsstand für die Klage auf das Vollstreckungsurteil ist bei dem Amts- oder Landgerichte, wo der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 13—20); wenn aber der Schuldner in Deutschland keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, bei dem Amts- oder Landgerichte, in dessen Bezirk sich Vermögen des Schuldners oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet (§ 24). Dieser eventuelle Gerichtsstand für die Vollstreckungsklage ist nur für die Vollstreckung vermögensrechtlicher Ansprüche verwendbar. Der in § 660 Abs. 2 bestimmte Gerichtsstand ist ausschließlich (§ 707). — Das Verfahren unterliegt den Regeln des ordentlichen Prozesses. Der Urkundenprozeß ist nicht zulässig. Das Urteil kann mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln und als Versäumnisurteil mit Einspruch angefochten werden. Das Urteil

Digitized by Google

bedarf der Vollstreckungsklausel. Das Urteil ist, wenn es nicht nach §§ 648—650 für vorläufig vollstreckbar erklärt ist [darüber vgl. Francke a. a. O. S. 7 ff.], erst nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar. Die Vollstreckung ist nach der CPrO., nicht nach dem Rechte des Auslandes, auszuführen.

5. Wenn die Klage auf das Vollstreckungsurteil zulässig ist, so ist keine Klage auf Verurteilung zur Leistung auf Grund des ausländischen Urteils zulässig. [Vgl. RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 106 S. 431 ff., sowie die Citate in RG. Entsch. XXVI S. 130 f. AM. derselbe I. Senat Entsch. VIII S. 487, IX S. 374, der aber seine frühere Ansicht zurücknahm und sich der Ansicht des IV. Sen. 2. Juni 1885 Entsch. XVI S. 432 anschloß.] Wegen der exc. rei iud. gegen die auf Grund des ursprünglichen Rechtsverhältnisses erhobene Klage s. Bem. Nr. 8 litt. b zu § 661.

6. Über den Art. 56 der internationalen Übereinkunft über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 s. Bem. Nr. 9 zu § 661.

7. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, GO. f. RA. § 20.

§ 661.

Das Vollstreckungsurteil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen:

1) **wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;**
2) **wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf;**
3) **wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urteilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;**
4) **wenn der verurteilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;**
5) **wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.**

Mot. S. 400—403. KPr. S. 344—347, 446—449, 469, 563, 564.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 600. Die Anerkennung der materiellen Rechtskraft ausländischer Urteile steht im Einklange mit der Mehrzahl der deutschen Prozeßgesetze — preuß. AGO. I 24 § 30, hann. PrO. §§ 29, 533, württ. PrO. Art. 11, bad. PrO. § 847, oldenb. PrO. Art. 335 ff. — und im Gegensatze zum franz. Rechte, Code de proc. art. 546, Code civ. art. 2123, 2128, bay. PrO. Art. 824. Die Motive bemerken:

„Dem inländischen Richter steht keine Kognition über die materielle Rechtmäßigkeit des auswärtigen Erkenntnisses (vgl. Wetzell § 38 bei Note 38—47, Motive z. preuß. Entw. S. 246 Nr. 1), also auch keine Kognition darüber zu, ob bei Abfassung dieses Erkenntnisses die materiellen Gesetze seines Staates berücksichtigt sind oder nicht. Selbst auf die Frage, ob etwa gebietende oder verbietende Gesetze seines Staates bei Findung des Urteils verletzt worden sind, darf der inländische Richter nicht eingehen (vgl. nürnb. Kommiss.Ber. S. 22, 23)."

Auch Verstöße gegen das ausländische Prozeßgesetz, selbst wenn sie die Nichtigkeit des Urteils begründen würden, können nicht in diesem Verfahren, sondern nur im Aus-

Digitized by Google

lande geltend gemacht werden. Das inländische Gericht kann gemäß § 139 das Verfahren aussetzen, wenn im Auslande eine Nichtigkeitsklage oder eine Restitutionsklage gegen das ausländische Urteil anhängig ist, aber nicht selbst über die Nichtigkeit ꝛc. entscheiden. Wird nach Erlassung eines Vollstreckungsurteils das ausländische Urteil zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben, so kann der Schuldner bei dem Gerichte, das das Vollstreckungsurteil erlassen hat, Widerspruchsklage nach § 686 erheben.

Ob in dem Verfahren über die nach § 660 erhobene Klage auf das Vollstreckungsurteil Einwendungen, die den durch das ausländische Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen und erst nach dem ausländischen Urteile entstanden sind (vgl. § 686), geltend gemacht werden können, ist nicht zweifellos. Der Umstand, daß die CPrO. in § 686 den Schuldner, der derartige Einwendungen geltend machen will, auf den Weg der Klage drängt, sowie die Erwägung, daß das Vollstreckungsurteil zu dem ausländischen Urteile durch illiquide Einwendungen unbillig verzögert werden könnte, scheinen gegen die Zulassung der Einwendungen zu sprechen. Aber der Streitgegenstand in dem durch die Klage des § 660 eingeleiteten Verfahrens ist das Recht des Klägers auf die Zwangsvollstreckung [vgl. Planck I § 27 N. 51], und dieses Recht besteht nicht, soweit Einwendungen der bezeichneten Art begründet sind. Daraus folgt, daß solche Einwendungen zulässig sind, und zwar, da das Gesetz ein summarisches, nur liquide Einwendungen berücksichtigendes Verfahren nicht vorsieht, ohne Unterscheidung zwischen liquiden und illiquiden Einwendungen. Daß der § 686 das Prozeßgericht zur Entscheidung über die Sacheinreden für zuständig erklärt, beweist nichts gegen die vorgetragene Ansicht; denn Prozeßgericht bezeichnet den Gegensatz zu dem Vollstreckungsgerichte des § 684, nicht zu dem Gerichte des § 660; dieses Gericht ist das Prozeßgericht für die in Frage stehenden Fälle. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 323 bei N. 7, Wach Vortr. S. 231 f. und Handb. I § 19 N. 18 S. 226, Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 82, RG. 5. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 88 S. 348 f., 24. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1164 ff.; vgl. a. v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 450 S. 493, § 460 S. 520. AM. Petersen (2) S. 926, Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 191 ff., OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 403.]

Die Klage kann von dem Rechtsnachfolger des Gläubigers und gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners erhoben werden. In dem Verfahren ist über den Eintritt der Rechtsnachfolge zu verhandeln und zu entscheiden. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 324 bei N. 9, Wach Vortr. S. 231 u. Handb. I § 19 N. 18 S. 226, Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 95, v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 450 S. 495 f., Schultze Vollstreckbarkeit der Schuldtitel ꝛc. S. 12 f., RG. 7. April 1883 Entsch. IX Nr. 109 S. 374 f., 5. Febr. 1885 XIII Nr. 88 S. 349.]

2. Zu Abs. 2: Das Vollstreckungsurteil ist nicht zu erlassen, wenn einer der in Nr. 1 bis 5 aufgeführten Umstände vorliegt. Von Amtswegen zu beachten ist jedenfalls, ob nicht durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen würde, die nach dem inländischen Rechte nicht erzwungen werden darf. Auch das in Nr. 5 aufgestellte Hindernis der mangelnden Gegenseitigkeit ist von Amtswegen zu beachten, da es nicht im Interesse der einzelnen Partei, sondern im Interesse des inländischen Staates aufgestellt ist, um von dem ausländischen Staate die Vollstreckung der inländischen Urteile zu erlangen. Anders verhält es sich mit den übrigen Hindernissen. Die in Nr. 1, 3, 4 gesetzten Ausnahmen von der Erlassung des Vollstreckungsurteils dienen nur zum Schutze des einzelnen Beklagten. Der Beklagte kann auf Rechtsmittel und Einspruch verzichten und dadurch die Rechtskraft eines Urteils herbeiführen; er kann sich der ausländischen Gerichtsbarkeit unterwerfen und dadurch die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts begründen; er kann sich auf den vor

Digitized by Google

dem ausländischen Gerichte anhängigen Prozeß einlassen, auch wenn ihm die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist. Folglich kann der im Termine zu einer mündlichen Verhandlung über die nach § 660 erhobene Klage erschienene Beklagte auf die aus § 661 Nr. 1, 3, 4 abzuleitenden prozessualischen Einwendungen gegen die Erlassung des Vollstreckungsurteils verzichten und er kann, dem Grundsatze des § 267 gemäß, mit der Befugnis, diese Einwendungen geltend zu machen, ausgeschlossen werden. Folglich sind in diesem Falle die aus § 661 Nr. 1, 3, 4 sich ergebenden Hindernisse des Vollstreckungsurteils nicht von Amtswegen, sondern nur insoweit zu berücksichtigen, als der erschienene Beklagte sie geltend machte. Wenn dagegen der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung über die nach § 660 erhobene Klage nicht erschienen ist, hat das Gericht, wider dem Grundsatze des § 267 gemäß, auch die in § 661 Nr. 1, 3, 4 aufgestellten Hindernisse eines Vollstreckungsurteils von Amtswegen zu berücksichtigen, folglich den Antrag auf das Vollstreckungsurteil zurückzuweisen, wenn der Kläger die erforderlichen Nachweise noch nicht beschafft hat (§ 300 Nr. 1); wenn aber feststeht, daß diese Nachweise nicht zu beschaffen sind, ist die Klage abzuweisen (s. Bem. Nr. 4 zu § 300). [Vgl. v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 466 S. 534 f. Dagegen nehmen Struckm. Koch N. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 324, Hellmann Lehrb. S. 813, Francke a. a. O. S. 77 ff. an, daß die Bestimmungen in § 661 Nr. 1 bis 5 stets von Amtswegen zu beachten seien.]

Aus anderen als den in § 661 Abs. 2 angeführten Gründen darf das inländische Gericht das Vollstreckungsurteil nicht verweigern, wenn nicht gegen den im Urteile des ausländischen Gerichts festgestellten Anspruch eine zulässige materiellrechtliche Einwendung vorgebracht und begründet ist (vgl. o. Bem. Nr. 1 Abs. 2). Insbesondere kann das Vollstreckungsurteil nicht versagt werden, weil das ausländische Urteil nicht mit Entscheidungsgründen ausgestattet oder ohne Gehör der Parteien ergangen oder offenbar ungerecht sei.

3. Zu Abs. 2 Nr. 1: Daß das Vollstreckungsurteil nur zu einem der *materiellen* Rechtskraft fähigen Urteile erteilt werden kann, s. Bem. Nr. 2 zu § 660. Nach § 661 Nr. 1 darf das Vollstreckungsurteil nur zu einem *formell* rechtskräftigen Urteile erteilt werden; würde vor Eintritt der Rechtskraft geklagt, so wäre die Klage „zur Zeit" abzuweisen. Der Begriff der formellen Rechtskraft ist aus dem inländischen Prozeßrechte (§ 645, EG. § 19) zu entnehmen. Danach ist das Urteil, das nicht mehr mit einem nach Art der Berufung oder der Revision oder des Einspruchs konstruierten Rechtsmittel angefochten werden kann, als formell rechtskräftig zu behandeln [vgl. Wach Hand. I § 19 bei N. 30, 31 S. 229]. Die Anlegung des inländischen Maßstabs auf das ausländische Rechtsmittelsystem wird nicht immer leicht sein. Es dürfte namentlich darauf zu sehen sein, ob das Rechtsmittel Suspensiveffekt hat, was z. B. bei dem appeal des engl. Rechts nicht der Fall ist. Das Vollstreckungsurteil ist zu versagen, wenn das ausländische Urteil bloß vorläufig vollstreckbar ist.

4. Zu Abs. 2 Nr. 2: In den Entwürfen hieß es statt „*nicht erzwungen werden darf*" — „verboten war", wie im Rechtshülfegesetz v. 21. Juni 1869 § 37 und im GVG. § 159. Mit Rücksicht darauf, daß es Handlungen giebt, die, ohne verboten zu sein, doch nicht durch Zwangsvollstreckung erzwungen werden können, z. B. Eheschließung (§ 774 Abs. 2), Eintritt in ein Kloster, Religionswechsel, wurde die redaktionelle Änderung in der JK. d. RT. beschlossen. Verbotene und unsittliche Handlungen fallen natürlich unter die nicht erzwingbaren. Daß das ausländische Urteil auf einem nach dem inländischen Rechte nicht klagbaren oder verbotenen Geschäfte beruht, ist kein Grund, das Vollstreckungsurteil zu versagen. [Vgl. Francke a. a. O. S. 21 f., Wach I S. 229, Lammasch in v. Holtzen-

Digitized by Google

dorffs Handb. d. Völkerrechts III S. 421, v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 446 S. 481; dieser billigt den Standpunkt der CPrO. nicht durchweg, vgl. S. 482. Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 449 ff. will ausländische Urteile, die zu einer Unterlassung verurteilen, von der Vollstreckbarkeit ausschließen, was nicht richtig sein dürfte. Gegen Kohler: Heidecker Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 460. Replik von Kohler in dessen ges. Beitr. S. 559.]

5. Zu Abs. 2 Nr. 3: a) Das inländische Gericht hat nicht zu prüfen, ob für die Streitsache, worüber das ausländische Urteil ergangen ist, der Rechtsweg zulässig war; denn die inländische Abgrenzung der Kompetenzen zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden ist für das Ausland bedeutungslos; ob aber das ausländische Gericht in die Sphäre einer ausländischen Verwaltungsbehörde übergriff, ist für das Inland ohne Belang. Eine andere Frage ist, ob die Handlung oder Unterlassung eine nach dem inländischen Prozeßrechte erzwingbare ist. Darüber s. o. Bem. Nr. 4.

b) Das inländische Gericht hat nicht zu prüfen, ob das ausländische Gericht sachlich zuständig ist; denn die inländische Kompetenzverteilung ist als Maßstab nicht brauchbar und die Einhaltung der ausländischen Kompetenzverteilung ist für das Inland interesselos. [Vgl. v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 439 S. 467.]

c) Vielmehr hat das inländische Gericht nur zu prüfen, ob nach dem inländischen Rechte die örtliche Zuständigkeit (ein Gerichtsstand) bei den Gerichten desjenigen Staates, welchem das ausländische Gericht angehört, für den Prozeß begründet war. Bei dieser Prüfung hat der inländische Richter nicht bloß zu prüfen, ob die von dem ausländischen Gerichte unterstellten Thatsachen nach den Regeln der CPrO. einen Gerichtsstand bei den Gerichten des ausländischen Staates ergeben, sondern die Prüfung erstreckt sich auch auf die für den Gerichtsstand maßgebenden thatsächlichen Verhältnisse, z. B. auch die Frage, ob der Beklagte in dem Bezirke des ausländischen Gerichts seinen Wohnsitz oder seinen dauernden Aufenthalt hatte, ob der Erfüllungsort des Vertrags in dem Auslande ist, ob eine nach dem inländischen Rechte gültige Vereinbarung über den Gerichtsstand vorliegt ꝛc. Dies ergiebt sich aus den Motiven:

> „Der inländische Richter hat die Frage, ob rücksichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urteil vollstreckt werden soll, ein Bedenken obwalte, nach den Vorschriften des inländischen Rechts, einschließlich der Vorschriften über die Prorogation, zu prüfen, weil nur in diesem Rechte die Grundlage für die Anerkennung der ausländischen Gerichtsbarkeit gefunden werden kann (preuß. AGO. I 24, § 30, nordd. Entw. § 898). Dieser Grundsatz geht weiter, als die Vorschrift der hann. PrO. §§ 533, 29, daß die Vollstreckbarkeit zu versagen sei, wenn ein durch Prorogation nicht zu hebender Eingriff in die Zuständigkeit des angegangenen inländischen Gerichts vorliegt. . . . . Bei der Prüfung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist übrigens insoweit ein Eingehen auf die Sache selbst erforderlich, als die Zuständigkeit durch die dem Rechtsstreite selbst angehörigen Thatsachen bestimmt wird, z. B. zur Begründung des forum contractus der Ort der Erfüllung des Vertrags festzustellen ist; die Festsetzungen des zu vollstreckenden Urteils sind hiefür ebensowenig wie für andere die Zuständigkeit begründende Thatsachen maßgebend. Dagegen ist die Prorogation, soweit sie überhaupt zulässig, nicht ausgeschlossen."

und aus den Verhandlungen der JK. d. RT. Der Abg. Dr. Bähr hatte beantragt, die Nr. 3 dahin zu fassen:

> „wenn die thatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen der Zuständigkeit, die letzteren nach den Grundsätzen des Deutschen Reichs bemessen, nicht vorhanden waren." (KPr. S. 344.)

Der Antragsteller erklärte (KPr. S. 469): „dadurch zum Ausdrucke bringen zu wollen, daß der deutsche Richter die Kompetenz des ausländischen Richters nicht bloß in abstracto prüfen, sondern auch untersuchen solle, ob derselbe in concreto kompetent gewesen sei."

Digitized by Google

Dieser Antrag wurde der Reb.Komm. zur Berücksichtigung überwiesen, nachdem die Regierungsvertreter erklärt hatten, er entspreche den Intentionen des Entwurfs. Über die Vorgänge in der Reb.Komm. berichtete der Antragsteller: die Reb.Komm. habe zwar geglaubt, im Entw. sei dieser Gedanke nicht klar ausgedrückt; sie habe jedoch auch das vorgeschlagene Amendement für mißverständlich gehalten und sich mit den Regierungsvertretern dahin geeinigt, die Ziff. 3 in der Fassung des Entwurfs beizubehalten und folgende Erklärung über deren Sinn zu Protokoll zu geben:

„daß der deutsche Richter die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts nicht allein aus dem Gesichtspunkte zu prüfen habe, ob der auswärtige Richter die richtigen dem deutschen Rechte entsprechenden Grundsätze über Zuständigkeit angewendet habe, sondern, ob auch die Thatsachen, auf welche diese Grundsätze angewendet werden, die Zuständigkeit des auswärtigen Gerichts zu begründen geeignet und erwiesen seien."

Daraus, daß auch die thatsächliche Seite der Zuständigkeitsfrage zur Kognition steht, folgt die Zulässigkeit neuer darauf bezüglicher Anführungen (nordd. Prot. IX S. 1979). [Vgl. RG. 16. Jan. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 742 f., OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 154.]

Das Vollstreckungsurteil ist nicht schon deswegen zu versagen, weil das spezielle ausländische Gericht nach den Regeln der deutschen CPrO. nicht zuständig war, sondern erst dann, wenn überhaupt bei keinem Gerichte des Staates, dem das ausländische Gericht angehört, ein Gerichtsstand begründet war. [Vgl. a. Förster N. 3, Wach Vortr. S. 230 u. Handb. I S. 231, Hellmann Lehrb. S. 811, Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 37, Kohler eod. X S. 472, Lammasch in v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts III S. 417, v. Bar Theorie u. Praxis ꝛc. (2) II § 416 S. 424.] Die Ansicht, daß es bloß auf die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit des speziellen ausländischen Gerichts ankomme [vertreten von Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 326 f., Petersen (2) S. 927 f., Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 457 ff., RG. 25. März 1891 Entsch. XXVII Nr. 109 S. 409], ist unvereinbar mit dem Gesetzestexte und entbehrt eines vernünftigen Grundes; denn für die Anerkennung des inländischen Urteils im Inlande kann es nur darauf ankommen, ob das ausländische Gericht in die Kompetenzsphäre eines anderen Staates, nicht aber, ob es in die Zuständigkeit eines anderen Gerichts desselben ausländischen Staates übergriff. — Ein Gerichtsstand im Auslande kann nicht anerkannt werden, wenn nach dem inländischen Gesetze bei einem inländischen Gerichte ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

6. Zu Abs. 2 Nr. 4: Die Motive bemerken: „Eine Gerichtsbarkeit des ausländischen Gerichts über den Inländer kann bei mangelnder Einlassung desselben auf den Prozeß nicht anerkannt werden, wenn weder die Person des Schuldners für das Gericht oder den Gegner erreichbar war, noch die Rechtshülfe für dessen Erreichung rechtzeitig in Anspruch genommen war." Die Nr. 4 ist also nur anwendbar, wenn der Beklagte zur Zeit des Beginns des ausländischen Prozesses ein Deutscher war; der Gedanke des Gesetzgebers ist, daß ein Deutscher, ohne persönlich im Auslande oder durch Gewährung der Rechtshülfe in Deutschland geladen zu sein, sich dem ausländischen Gerichte nicht zu stellen habe. Ob der Beklagte noch zur Zeit der Erlassung des ausländischen Urteils und zur Zeit der Erhebung der Vollstreckungsklage ein Deutscher ist, ist gleichgültig. Wenn ein Ausländer als Rechtsnachfolger eines Deutschen auf das Vollstreckungsurteil belangt ist, ist der § 661 Nr. 4 anwendbar; nicht aber, wenn das Vollstreckungsurteil gegen einen Inländer als den Rechtsnachfolger eines Ausländers begehrt wird. [Vgl. Struckm. Koch N. 7, Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 328 bei N. 37. AM. Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 39, der zur Anwendung des § 660 Nr. 4 verlangt, daß der Schuldner zur Zeit der Erlassung des ausländischen Urteils und zur Zeit der Erhebung der Vollstr.Klage Deutscher

Digitized by Google

war; Lammasch in v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts III S. 426 N. 3, der die Eigenschaft als Deutscher in diesen Zeitpunkten und außerdem zur Zeit des Beginns des ausländischen Prozesses fordert. Eine Kritik des § 660 N. 4 f. v. Bar Theorie und Praxis ꝛc. (2) II § 449 S. 491 N. 45.] — Auf den Prozeß eingelassen hat sich der Schuldner, wenn er die nach dem ausländischen Prozeßrechte zur Abwehr der Versäumnis notwendige Prozeßhandlung — Erscheinen zur mündlichen Verhandlung, Einreichung eines Schriftsatzes ꝛc. — vorgenommen hat. Einlassung zur Hauptsache im Sinne des § 247 ist nicht nötig. [Vgl. Struckm. Koch N. 7 Abs. 3, Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 328 bei N. 39, Wach Handb. § 19 N. 42 S. 233, v. Bar Theorie und Praxis ꝛc. (2) II § 441 S. 475 bei N. 21.] War der Schuldner einmal erschienen, ist aber später in der gleichen oder in der höheren Instanz ausgeblieben und kontumaziert worden, so ist Nr. 4 nicht anwendbar. — Den Gegensatz zur Zustellung an den Schuldner in Person bildet die öffentliche Zustellung und die Ersatzzustellung, nicht die Zustellung an einen Bevollmächtigten. Ist im Auslande dem Schuldner in Person zugestellt, so kommt es nicht darauf an, ob die Zustellung den Bestimmungen der deutschen PrO. entspricht [bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 315]. Ist durch Gewährung der Rechtshülfe in Deutschland zugestellt, so genügt eine Zustellung nach §§ 166—169. Über die Gewährung der Rechtshülfe an außerdeutsche Staaten bestehen zur Zeit keine Verträge des Deutschen Reichs, wohl aber Verträge einzelner Bundesstaaten. Diese sind durch die deutschen Reichsjustizgesetze nicht berührt.

7. Zu Abs. 2 Nr. 5: Diese Bestimmung wurde in der JK. d. RT. eingefügt. Gegen die Zweckmäßigkeit der Bestimmung s. v. Bar Theorie und Praxis ꝛc. (2) II §§ 455, 456 S. 506 ff.

a) Die Gegenseitigkeit (Reciprocität) ist verbürgt, wenn die Urteile der inländischen Gerichte in dem ausländischen Staate ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung entweder unbedingt oder doch unter nicht wesentlich anderen oder mehreren Vorbehalten als den in § 661 Abs. 2 der CPrO. gemachten vollstreckt werden. [Vgl. Struckm. Koch N. 10 Abs. 2, Wilm. Levy N. 7, Gaupp II S. 329 f. bei N. 48—52, Wach Handb. I S. 234 f., Francke Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 46 ff., RG. 19. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 124 S. 409.] Daß der ausländische Staat ein Verfahren bei der Vollstreckbarkeitserklärung stattfinden lasse, das mit dem in Deutschland vorgeschriebenen übereinstimmt, ist nicht erforderlich. [Vgl. Wach I S. 235, v. Bar a. a. O. S. 507 N. 75.] Ob die Gegenseitigkeit in dem angegebenen Sinne vorhanden ist, hat das inländische Gericht im einzelnen Falle von Amtswegen zu untersuchen (s. o. Bem. Nr. 2). Der Vollstreckungskläger hat natürlich ein Interesse daran, dem Gerichte darzulegen, daß die Gegenseitigkeit besteht und, da ausländisches Recht in Frage ist, kann eine Art von Beweisführung von dem Kläger unternommen werden. Aber von einer Beweislast kann, weil es sich um objektives Recht handelt, nicht die Rede sein, vielmehr ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen; s. § 265 nebst Bem. Nr. 2 dazu. [AM. wie es scheint RG. 7. März 1882 Entsch. VI Nr. 114 S. 374, womit sich Francke a. a. O. S. 79 f., Wach a. a. O. S. 238 und v. Bar a. a. O. S. 512 bei N. 79 einverstanden erklären.] Soweit die Entscheidung über das Bestehen der Gegenseitigkeit auf Auslegung ausländischen Rechts beruht, unterliegt sie wegen § 511 nicht der Prüfung des Revisionsgerichts [RG. 20. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 417].

b) Die Gegenseitigkeit kann verbürgt sein durch das in dem ausländischen Staate geltende Gesetz oder Gewohnheitsrecht, durch Staatsverträge und durch Deklarationen (KPr. S. 447 f.). Die Thatsache, daß die Gerichte des Auslandes deutsche Urteile vollstrecken,

Digitized by Google

kann, wenn die sog. opinio necessitatis dazukommt, zum Nachweise eines Gewohnheitsrechts dienen; aber jene Thatsache allein kann schwerlich als Verbürgung der G. gelten (was in der JK. d. RT., KPr. S. 447, behauptet ward), weil keine Gewähr für die Stetigkeit vorhanden ist. — Das Reich hat zur Zeit noch keine Verträge geschlossen, wodurch die Gegenseitigkeit zwischen dem Reiche und einem ausländischen Staate verbürgt ist. Wohl aber existieren derartige Verträge der Bundesstaaten, und auf Grund solcher Verträge kann im Verhältnisse zwischen den Gerichten eines Bundesstaates und den Gerichten des betreffenden Auslandes die Gegenseitigkeit verbürgt sein.

c) **Verbürgt** ist die Gegenseitigkeit zwischen Deutschland und dem cisleithanischen Österreich auf Grund der Wiener Hofdekrete v. 18. Mai 1792, 18. Jan. 1799 und 15. Febr. 1805 [vgl. Menger Syst. d. österr. CPr. I S. 174, Wiener ob. Gerichtshof SA. XXXVII Nr. 79, RG. 22. Sept. 1883 SA. XXXIX Nr. 171, 5. Febr. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1134, OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 402, bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 75 S. 118; preuß. JMRestr. v. 13. Okt. 1882 in Jur. WSchr. 1883 S. 138, Reuling und Löwenfeld die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr S. 69 f., Koppers in der in Bem. Nr. 4 zu § 102 cit. Schrift S. 41 ff.; speziell im Verhältnis zu Bayern: Österr.-Just.Min.Verf. 20. Dez. 1870 SA. XXXVII S. 119], Kroatien, Slavonien, Bosnien, Herzegowina [vgl. Reuling und Löwenfeld S. 90 f., 106 f., Koppers S. 49 f.], Italien auf Grund des cod. di proced. civ. art. 94 [Francke a. a. O. S. 61, 74], Spanien auf Grund der span. PrO. v. 1881 Art. 951—958 [vgl. Francke S. 59, Wach I S. 246, Koppers S. 66, F. Silvela Journ. du droit. intern. pr. VIII S. 20 ff.], Rumänien [nach Wach I S. 244, Koppers S. 86], Bulgarien [Koppers S. 88], San Marino [Koppers S. 65] und einigen Schweizer Kantonen [näheres bei Francke a. a. O. S. 75 ff., Koppers S. 51—64, Ztschr. f. d. CPr. XV S. 90]. — **Nicht verbürgt** ist die Gegenseitigkeit zwischen Deutschland und Ungarn [vgl. Wilm. Levy (6) S. 906, Gaupp II S. 331 bei N. 64, Koppers 47 ff., RG. 7. Apr. 1888 SA. XLIV Nr. 67, 20. Mai 1891 Jur. WSchr. S. 335. AM. Francke S. 59], Frankreich [vgl. Code de proc. art. 546, Code civ. art. 2123, 2128, Francke S. 53], England [Francke S. 54, Koppers S. 74 ff. RG. 19. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 124 S. 406, vgl. a. VI Nr. 114], Dänemark [Koppers S. 80 f.], Schweden und Norwegen [Francke S. 46, RG. 29. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 115 S. 390], Rußland [RG. 30. Okt. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 890, 23. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 24 S. 130, OLG. Karlsruhe SA. XXXVII Nr. 277, Bschorner jur. Wochenschr. 1883 S. 237 ff., CBl. f. d. DR. 1883 S. 135, preuß. JMBl. 1883 S. 47, Koppers S. 82 ff. Engelmann die Zwangsvollstreckung auswärt. richterl. Urteile in Rußland Leipz. 1884 und Wach I S. 245 nehmen für die Ostseeprovinzen Gegenseitigkeit an; dagegen Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 461 u. pr. JMBl. 1883 S. 192. Übrigens ist durch die sog. Justizreform v. 9. Juli 1889 die russ. CPrO. v. 1864 in den Ostseeprovinzen eingeführt; vgl. v. Bunge der balt. Civilprozeß, Berlin 1891.] — Materialien enthalten die in der Litteratur zu § 660 bezeichneten Werke von v. Bar, Foelix, Fr. T. Piggot, Ch. Constant, F. Moreau, G. Fusinato, Lachaud et Daguin, Daguin sowie das Journal du droit international privé. Vgl. a. Wach I S. 239 ff.

8. a) Einrede der rechtskräftigen Entscheidung (exceptio rei iudicatae) auf Grund eines ausländischen Urteils. Da die Vollstreckung der ausländischen Urteile im Inlande auf der Anerkennung der ausländischen Entscheidung als res iudicata beruht (s. o. Bem. Nr. 1), so ist das verurteilende ausländische Erkenntnis, wozu das Vollstreckungsurteil erlassen worden ist oder erlassen werden kann, im Inlande auch zur Begründung der exc. rei iud. geeignet. Diese exc. rei iud. kann der Kläger dem Beklagten

Digitized by Google

entgegenhalten, wenn dieser, etwa durch negative Feststellungsklage, den Streit zu erneuern versuchte. Die Frage, ob sie auch von dem verurteilten Beklagten dem Kläger entgegengesetzt werden kann, wenn dieser auf Grund des ursprünglichen Rechtsverhältnisses eine neue Klage erhebt, liegt nicht anders, als wenn das verurteilende Erkenntnis ein inländisches ist. Hält man einen Verzicht auf die Rechtskraftwirkungen für zulässig (was allerdings zweifelhaft ist) so kann der frühere Kläger auf diese verzichten und neue Klage erheben. [Vgl. die in Bem. Nr. 3 Ziff. I litt. h zu § 235 cit. Litt., ferner v. Savigny Syst. VI S. 305, Dernburg pr. PrR. II § 937 N. 2 (für Zulässigkeit der Klage). Dagegen: Wächter Erörterungen III S. 39, Eccius (Förster) pr. PrR. I § 56 bei N. 1, Unger öst. PrR. II § 133 N. 20, RG. 30. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 106 S. 435.] Zweifellos kann der Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse die exc. rei iud. auf Grund eines ausländischen verurteilenden Erkenntnisses nicht entgegengesetzt werden, wenn der Kläger das Vollstreckungsurteil dazu nach Abs. 2 des § 661 nicht erwirken kann. — Über die Rechtskraft eines die Klage abweisenden ausländischen Urteils ist in der CPrO. nichts bestimmt. Man ist auf Folgerungen aus dem dem § 661 zu Grunde liegenden Grundsatze angewiesen. Daraus ergiebt sich zunächst, daß die Rechtskraft eines abweisenden ausländischen Urteils anzuerkennen ist, wenn keiner der in Abs. 2 des § 661 aufgeführten Gründe vorliegt, aus denen die CPrO. dem ausländischen Urteile die Vollstreckbarkeit entzieht. Eine andere Frage ist, ob dem abweisenden Urteile des ausländischen Gerichts die Kraft des res iudicata fehlt, wenn einer der Gründe vorliegt, aus denen das Vollstreckungsurteil zu einem verurteilenden Erkenntnisse zu verweigern ist. Der Schluß von der Nichtvollziehbarkeit eines verurteilenden Erkenntnisses auf die Unzulässigkeit der exc. rei iud. aus einem abweisenden Urteile ist kein zwingender, weil es möglich wäre, daß zur Vollstreckung mehr verlangt würde als zur exc. rei iud. [Vgl. dazu v. Bar Theorie und Praxis ꝛc. (2) § 413 ff. S. 417 ff., bes. S. 420 f., Francke Ztschr. f. d. CPr. VII S. 116 ff. AM. Wach Handb. I § 19 bei N. 19 S. 226, Lammasch in v. Holtzendorffs Handb. d. Völkerrechts III S. 401 bei N. 5 und RG. 29. Jan. 1882 Entsch. VIII Nr. 115 S. 389. Eine Kritik dieses Urteils von Beauchet im Journal du droit intern. pr. X S. 242 ff.] Da die Vorschriften in Abs. 2 Nr. 2, 4 des § 661 bei abweisenden Urteilen nicht in Betracht kommen können, bezieht sich die gestellte Frage nur auf die in § 661 Abs. 2 Nr. 1, 3, 5 angeführten Ausschließungsgründe. Von diesen sind die in Nr. 1, 3 aufgeführten auch gegenüber der exc. rei iud. durchschlagend; denn solange das Urteil nicht formell rechtskräftig ist, begründet es die exc. rei iud. überhaupt nicht, und wenn sich auf Grund des inländischen Rechts kein Gerichtsstand in dem ausländischen Staate ergiebt, was insbesondere dann zutrifft, wenn ein ausschließlicher Gerichtsstand im Inlande besteht, so erscheint das ausländische Urteil als ein Übergriff in die Gerichtsbarkeit eines anderen Staates, es ist ihm daher die Anerkennung im Inlande zu verweigern. [Vgl. v. Bar a. a. O. S. 426 N. 31 Abs. 2.] Es bleibt der Mangel der Gegenseitigkeit (Nr. 5) übrig. Dieser Anschließungsgrund greift auch gegenüber der exc. rei iud. durch; denn er beruht, wie oben in Bem. Nr. 2 gezeigt wurde, auf Rücksichten des internationalen Rechtsverkehrs. [Zu diesem Ergebnisse gelangt auch das ob. cit. U. d. RG. Entsch. VIII Nr. 115 S. 389 f., dem die Kommentare von Struckm. Koch und Wilm. Levy beitraten; ebenso Kohler ges. Beitr. S. 562. AM. v. Bar a. a. O. S. 421, Siebenhaar Komm. S. 626, Francke a. a. O. S. 116, Gaupp II S. 333 f. bei N. 91—93. Das von Francke verwendete Argument, daß der Kläger das ausländische Gericht gewählt habe, trifft nicht zu, weil das Erfordernis der Gegenseitigkeit unabhängig von der Unterwerfung unter die ausländische Gerichtsbarkeit ist.]

b) Die Einrede der Rechtshängigkeit (exc. litis pendentis) kann auf

Digitized by Google

Grund eines im Auslande anhängigen Prozesses im Inlande erhoben werden, wenn für das zu erwartende Urteil die Möglichkeit der Rechtskraftwirkung im Inlande besteht. Ob dies der Fall ist, ist nach § 661 zu beurteilen. [Vgl. Wach I S. 247, Heibecker Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 469, ROHG. 6. Dez. 1872 Entsch. VIII Nr. 43 S. 168, RG. 20. Mai 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 418, 26. Jan. 1892 SA. XLVII Nr. 296, aber auch ROHG. 30. März 1886 XIX Nr. 121 S. 418].

9. Nach Art. 56 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 (RGBl. 1892 S. 793) erlangen Urteile, welche auf Grund der Bestimmungen dieses Übereinkommens von dem zuständigen Richter in Folge eines kontradiktorischen oder eines Versäumnisverfahrens erlassen und nach den für den urteilenden Richter maßgebenden Gesetzen vollstreckbar geworden sind, im Gebiete sämtlicher Vertragsstaaten Vollstreckbarkeit, unter Erfüllung der von den Gesetzen des Landes vorgeschriebenen Bedingungen und Formalitäten, aber ohne daß eine materielle Prüfung des Inhalts zulässig wäre. Auf nur vorläufig vollstreckbare Urteile findet diese Vorschrift keine Anwendung, ebensowenig auf diejenigen Bestimmungen eines Urteils, durch welche der Kläger, weil er im Prozesse unterliegt, außer den Prozeßkosten zu einer weiteren Entschädigung verurteilt wird. Hiernach bedarf es zur Vollstreckung eines der bezeichneten Urteile in Deutschland des Vollstreckungsurteils eines deutschen Gerichts nach § 660 der CPrO. Die Vorschrift des Abs. 1 des § 661 ist in Art. 56 reproduziert. Dagegen sind die Bestimmungen des Abs. 2 des 661 auf die in Art. 56 bezeichneten Urteile nicht anwendbar; vielmehr gelten dafür die besonderen Bestimmungen des Art. 56.

§ 662.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils (vollstreckbare Ausfertigung).

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts erteilt.

Mot. S. 403, 404. KPr. S. 847—850, 564, 565.

1. Die Vollstreckungsklausel soll den Gerichtsvollziehern die Prüfung der Vollstreckbarkeit nach den außerhalb der Urkunde liegenden Voraussetzungen entziehen (Mot. S. 403 f.). Übrigens ist die Klausel auch nötig, um gerichtliche Vollstreckungsthätigkeit zu erwirken [Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 296 f.].

2. Die Vollstreckungsklausel ist zur Vollstreckung aller Urteile, auch der vorläufig vollstreckbaren und der Vollstreckungsurteile (§§ 660, 868), nötig. Nicht minder bedürfen die anderen Vollstreckungstitel (§§ 702, 703, KO. §§ 152 Abs. 2, 179) der Vollstreckungsklausel. Ausgenommen sind Vollstreckungsbefehle (§ 704 Abs. 1), Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen (§§ 809 Abs. 1, 815); diese drei Titel bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach der Erlassung eine Rechtsnachfolge auf Seite des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist. Über die Anwendbarkeit des § 662 auf die Entscheidungen der Strafgerichte, in denen auf Vermögensstrafe oder Buße erkannt ist, s. Bem. Nr. 5 vor § 644. Darüber, wann die in den deutschen Schutzgebieten erlassenen Urteile einer Vollstreckungsklausel bedürfen, s. Bem. Nr. 3 zu § 674.

3. Welcher Gerichtsschreiber zur Erteilung der vollstr. Ausfertigung zuständig ist, ergiebt sich aus Abs. 2, vgl. dazu Nr. 2 zu § 646. Das Gesuch bedarf keiner Form und unterliegt dem Anwaltszwange nicht. Der Gerichtsschreiber hat auf Grund der Akten und der ihm vom Gesuchsteller vorgelegten Urkunden selbständig (Ausnahmen: §§ 666, 669)

Digitized by Google

zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Erteilung der vollstr. Ausfertigung gegeben sind. Den Schuldner zu vernehmen, ist er nicht befugt. Über Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel s. § 668. Lehnt der Gerichtsschreiber die Erteilung der vollstr. Ausfertigung ab, so kann der Gläubiger nach §§ 539, 540 Abs. 4 innerhalb der für die sofortige Beschwerde bestimmten Frist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen, vgl. Bem. Nr. 4 zu § 540. Dies ergiebt sich aus § 701 und der Erwägung, daß die Vollstreckungsklausel die Ermächtigung zur Zwangsvollstreckung enthält und daher ebenso, wie das Exekutionsdekret des früheren Prozesses, zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehört. [AM. Radlkofer Bl. f. RA. LV S. 385 ff., RG. 13. Juli 1893 Entsch. XXXI Nr. 103 S. 411 f.] Klage ist nur in den Fällen der §§ 664, 665 möglich (§ 667). — Vollstr. Ausfertigungen sind auch während der Gerichtsferien zu erteilen; arg. GVG. § 204 [OLG. Jena SA. XXXIX Nr. 170].

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 663.

Die Vollstreckungsklausel:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. s. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt."

ist der Ausfertigung des Urteils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

Mot. S. 404. KPr. S. 350, 564.

Die Motive bemerken: „Die Form der Vollstreckungsklausel ist nur in ihren wesentlichen Teilen vorgeschrieben (§ 563), durch welche sie die vollstreckbare Ausfertigung als solche kennzeichnet und die möglicherweise an verschiedene Parteien zu erteilenden Ausfertigungen von einander unterscheidet. In diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden. Dahin gehört z. B. die Beschränkung auf einen Teil des Streitgegenstandes, die Bezeichnung des Rechtsnachfolgers der einen oder der anderen Partei, für oder gegen welche die Vollstreckung stattfinden soll, die Konstatierung der Notorietät (§ 665 Abs. 2), die Bezeichnung der produzierten öffentlichen Urkunden (§ 665 Abs. 1) oder des in concreto vorliegenden Rechtsnachfolgeverhältnisses (Erbe, Cedent ꝛc.), die Beschränkung der Vollstreckung auf Sicherheitsleistung, die Bezeichnung der Vollstreckung als einer vorläufigen oder definitiven, falls ein solcher Unterschied von Bedeutung ist."

§ 664.

Von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

Mot. S. 404, 405, 411. KPr. S. 350, 351, 564, 713.

1. Die Motive bemerken: „Dem Gerichtsvollzieher soll überhaupt nichts weiter als die unbedingte Vollstreckung eines vollständig bestimmten Urteils überlassen werden. Deshalb soll von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhängt, vor dem Eintritte dieser Thatsache eine vollstreckbare Ausfertigung überhaupt nicht erteilt werden. . . . Nur der Eintritt eines bestimmten Kalendertages, welcher an sich keines Beweises bedarf, sowie die Leistung einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit, von welcher nach Inhalt des Urteils die Vollstreckung abhängig gemacht ist, kann unbedenklich von dem Gerichtsvollzieher festgestellt werden und ist daher nicht eine solche Thatsache,

Digitized by Google

deren Eintritt vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung abgewartet werden muß (§§ 664, 672)."

Zu den Urteilen, worauf der § 664 Anwendung findet, gehört auch das Urteil, wonach die Leistungs-, Handlungs- oder Unterlassungspflicht des Schuldners von einer Vorleistung des Gläubigers abhängt, vgl. das Urteil nach § 10 des Anf.Ges. v. 21. Juli 1879. Der § 664 ist auch auf die Zwangsvollstreckung aus den tabellarischen Feststellungen im Konkurse (KO. § 152 Abs. 2) und aus dem Zwangsvergleiche (KO. § 179) anwendbar, soweit suspensiv bedingte Forderungen festgestellt sind.

„Öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380 erörtert. Eine Privaturkunde mit gerichtlich oder notariell beglaubigter Unterschrift genügt nicht. [Vgl. RG. 10. März 1884 Entsch. XIII Nr. 81 S. 330. AM. Wilm. Levy N. 2.]

Von Urteilen, die zur Zahlung von Alimenten verurteilen, darf eine vollstreckbare Ausfertigung ohne Beschränkung auf die verfallenen Alimente und ohne Anordnung des Vorsitzenden (§ 666) erteilt werden, weil nicht der Alimentationsberechtigte sein Fortleben, sondern der Schuldner dessen Tod zu beweisen hat. [Vgl. Gerlach Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 397.]

Über Anwendung des § 664 auf vollstreckbare Urkunden s. Bem. Nr. 1 zu § 703.

2. Die Verurteilung zu einer Leistung gegen Gegenleistung (Leistung Zug um Zug) fällt nicht unter § 664; die Vollstreckungsklausel darf nicht versagt werden, weil der Gläubiger noch nicht geleistet hat. Die Mot. S. 411 erwähnen dies und bemerken: „Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach dem Civilrechte, und die Erfahrung lehrt, daß besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht erwachsen." Ein Anspruch auf Leistung Zug um Zug ist nicht durch die Vorleistung bedingt. Der Gläubiger kann die Leistung verlangen, ohne geleistet zu haben; folglich muß er auch, natürlich immer gegen Leistung von seiner Seite, vollstrecken können, ohne die Vorleistung oder ein vorheriges Angebot nachgewiesen zu haben. Sonst würde der Anspruch auf Leistung Zug um Zug im Exekutionsstadium in einen Anspruch auf Leistung gegen Vorleistung verwandelt. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 664 und N. 2 zu § 672, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 338 bei N. 5, Bunsen Zwangsvollstr. S. 22, Falkmann Zwangsvollstr. S. 36, Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 330 ff., Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739 und Eccius (Förster) pr. PrR. I § 80 N. 10, Dernburg pr. PrR. II § 46 N. 6, RG. 31. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 427 ff., OLG. Jena SA. XXXVII Nr. 278. AM. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 436 f., Weismann Feststellungskl. S. 127, Wach Vortr. S. 236 ff., Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 29 ff.]. In der IK. d. RT. wurde beantragt, die Vollstreckung eines Anspruchs auf Leistung Zug um Zug näher zu regeln. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt. Bei Vollstreckung eines derartigen Anspruchs hat die vollstreckende Partei dem Gegner bei dem Beginne der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung anzubieten und während der Vollstreckung zu dessen Verfügung zu halten. Vgl. a. Entw. II e. BGB. § 273. Dem Gegner steht das Recht zu, gegen die Art und Weise der Vollstreckung Einwendungen nach § 685 bei dem Vollstreckungsgerichte zu erheben. Einwendungen gegen die Ordnungsmäßigkeit der im Vollstreckungsstadium offerierten Gegenleistung sind materiellrechtlich und daher nach § 686 geltend zu machen; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 686.

§ 665.

Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Gläubigers sowie gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urteile bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung

Digitized by Google

der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners erteilt werden, an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig, so ist dies in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

Mot. S. 404, 405. KPr. S. 350, 351, 564, 713.

Litteratur: Alfr. Schulze die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger (Breslau 1891).

1. Die Motive bemerken: „Die Prüfung einer in der Person des Gläubigers oder des Schuldners eingetretenen Rechtsnachfolge ist dem Gerichtsvollzieher entzogen, so daß er die Vollstreckung nur für und gegen die bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung namhaft gemachten Personen ausführen darf. Die Bestimmung über die Vollstreckung gegen Rechtsnachfolger des Schuldners, an welche die streitige Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert ist, schließt sich an § 236 an, ohne den im § 238 vorbehaltenen Vorschriften des materiellen Rechts zu präjudizieren. Die Veräußerung nach Beendigung des Prozesses ist ausdrücklich der durante lite erfolgten hinsichtlich der Zulässigkeit der Exekution gegen den Erwerber gleichgestellt. Ist in der angegebenen Weise die Vollstreckbarkeit für oder gegen einen Rechtsnachfolger festgestellt, so darf nicht das bloße Bestreiten der Rechtsnachfolge durch den Schuldner den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Zwangsvollstreckung veranlassen; er ist durch die Vollstreckungsklausel gedeckt und hat, sofern keiner der Fälle des § 691 vorliegt, mit der Vollstreckung fortzuschreiten bis auf gegenteilige gerichtliche Anordnung; dem Schuldner bleibt nur die Anfechtung der Vollstreckbarkeit in dem durch die §§ 668, 685, 687 vorgezeichneten Wege.

2. Für den „Rechtsnachfolger des . . . Gläubigers" — sc. den Gesamt- und den Sonderrechtsnachfolger. Die Nachfolge muß nach Erhebung der Klage liegen [OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 162]; dagegen ist es einerlei, ob sie vor oder nach dem Urteile erfolgte [RG. 12. Juni 1882 Entsch. VII Nr. 100 S. 333]; es kann insbesondere nach § 223 oder nach § 236 vorkommen, daß die vor dem Urteile eingetretene Rechtsnachfolge in dem Urteile unberücksichtigt blieb. — Ob die Vollstreckungsklausel für sämtliche Erben solidarisch oder für den einzelnen pro parte zu erteilen ist, hängt von dem Civilrechte ab. Nach dem gemeinen Rechte ist die Klausel mehreren Miterben pro parte zu erteilen; ist bei der Erbschaftsteilung einem Erben die ganze Forderung zugewiesen, so erhält er auf den Nachweis der Zuteilung die Klausel für die ganze Forderung. Nach dem preuß. ALR. kann vor der Teilung die Klausel nur für alle Erben gemeinschaftlich erteilt werden (arg. ALR. I 17 § 151). — Der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers kann, weil seine Vollmacht nach § 77 sich auf die Zwangsvollstreckung erstreckt und nach § 82 durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird, die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für den Erben des Gläubigers verlangen; er kann aber nicht, ohne daß eine solche Ausfertigung erteilt ist, die Vollstreckung betreiben [OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 313]. -- Wurde eine Forderung gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen, so kann der Gläubiger als Rechtsnachfolger seines Schuldners die auf seine Person lautende Vollstreckungsklausel verlangen. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 339 f. bei N. 5, Falkmann Ztschr. f. d. CPr. XV S. 510, Schultze S. 51 f., OLG. Frankfurt SA. XLVI Nr. 240, LG. Leipzig Sächs. Arch II S. 388. AM. für den Fall, daß die Forderung zur Einziehung überwiesen wurde, LG. Oppeln Ztschr. f. d. CPr. XV S. 92; aber auch in diesem Falle liegt eine, wenn auch den Schuldner nicht

Digitized by Google

vollständig verdrängende, Rechtsnachfolge vor; vgl. RG. Entsch. XVIII S. 399 ff., XX S. 422, XXVII S. 292.] Der Inhaber und der Indossatar eines Ordrepapiers ist Rechtsnachfolger des Gläubigers im Sinne des § 665 und kann als solcher die Vollstreckungsklausel verlangen, wenn er das Ordrepapier von dem Gläubiger mit dessen Willen erworben hat. Dies muß er durch öffentliche Urkunden nachweisen. [Schultze S. 31 ff., behandelt irrtümlich jeden Inhaber als Rechtsnachfolger und will aus dem Besitze des Papiers die Rechtsnachfolge „offenkundig" (!) werden lassen.] Die Beantwortung der Frage, ob nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers eine Umstellung der Klausel auf den Konkursverwalter nötig ist, hängt davon ab, ob man den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet oder nicht. Die Litteratur darüber ist in Bem. Nr. 1 Abs. 1 vor § 338 S. 466 angegeben. Ist der Verwalter Vertreter des Gemeinschuldners, so bedarf es keiner Umstellung [so Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 337 bei N. 4, Schultze S. 142]; anderenfalls ist die Umstellung nötig und zwar macht es keinen Unterschied, ob man [wie L. Seuffert Gesch. u. Dogm. d. D. KR. I S. 81 ff.] den Verwalter als Vertreter der Konkursgläubiger oder [wie das RG. Entsch. XXIX Nr. 10 S. 36] als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ zur Durchführung der Zwecke des Konkurses betrachtet. Jedenfalls bedarf der Konkursverwalter der auf ihn lautenden Vollstreckungsklausel, um das von einem Gläubiger erwirkte Urteil über einen Anfechtungsanspruch, dessen Verfolgung nach RG. v. 21. Juli 1879 § 13 dem Verwalter zusteht, vollstrecken zu können [RG. 24. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 21 S. 70]. — Einer Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Rechtsnachfolger bedarf es auch, wenn der Rechtsnachfolger eine bereits begonnene Zwangsvollstreckung betreiben will; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 671. — Keiner Umstellung bedarf es, wenn der Gläubiger nach der Erlassung des Urteils unter Vormundschaft gestellt wird, denn es geht keine Succession vor; der Vormund kann das Urteil vollstrecken lassen. Ebensowenig bedarf es einer Umstellung, wenn das Urteil eine Handelsgesellschaft als Gläubigerin nennt und die Gesellschaft in Liquidation tritt oder ein Wechsel der Gesellschafter vorgeht.

3. „Gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des . . . Schuldners" — ohne Unterschied, ob die Nachfolge vor oder nach dem Urteile eingetreten ist; es kann nach § 223 und § 236 vorkommen, daß die vor dem Urteile eingetretene Nachfolge in dem Urteile unberücksichtigt blieb. — Ob die Vollstreckungsklausel gegen mehrere Gesamtrechtsnachfolger solidarisch oder gegen die einzelnen pro parte zu erteilen ist, hängt von dem Civilrechte ab. Nach gem. Rechte ist die Klausel gegen mehrere Miterben pro parte zu erteilen. Wegen des preuß. Rechts vgl. ALR. I 17 §§ 127, 131 und Schultze S. 21. — Ist über das Vermögen des im Urteile bezeichneten Schuldners der Konkurs eröffnet, so bedarf es zur Zwangsvollstreckung gegen die Konkursmasse keiner Umstellung des Urteils, weil keine Nachfolge in die Schuld vorliegt; dies ist für Aussonderungs- und Absonderungsansprüche bedeutsam. — Ist das Urteil gegen eine Handelsgesellschaft ergangen, so ist auch bei eingetretener Veränderung der Gesellschafter das Urteil ohne Umstellung in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar [Sommer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 360]; ebenso während der Liquidation. Ein die Gesellschaft verurteilendes Erkenntnis ist aber trotz HGB. Art. 112, 113 kein Titel zur Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, weil durch das Urteil zwar der Bestand einer Gesellschaftsschuld gegen den einzelnen Gesellschafter festgestellt, persönliche Einwendungen aber nicht ausgeschlossen sind. Daher kann die Vollstreckungsklausel nicht gegen die Gesellschafter persönlich erteilt werden, ganz abgesehen davon, daß der § 665 eine Rechtsnachfolge voraussetzt; um einen Titel zur Vollstreckung in das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters zu erlangen,

Digitized by Google

ist ein neuer Prozeß nötig. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 340 bei N. 11, Petersen (2) S. 935, Mot. z. Entw. e. HGB. f. d. preuß. Staat (1857) S. 64, Behrend Lehrb. d. HR. I § 74 N. 12 S. 527, v. Hahn Komm. z. HGB. (3) I S. 406, Puchelt Komm. z. HGB. 3. Aufl. S. 201, Lastig in Endemanns Handb. des HR. I S. 394, Dernburg pr. PrR. II § 221 N. 3, Renaud Komm. Gesellsch. S. 401 f., v. Krawel Arch. f. Th. u. Pr. d. Hand. R. IV S. 25 ff., Keyßner eod. VII S. 196, Habicht eod. XLVI S. 357 ff., Eccius Ztschr. f. d. g. HR. XXXII S. 18, Sommer Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 371 ff., Unger Jahrb. f. Dogm. XXV S. 260, Gierke Genossenschaftstheorie S. 553 N. 1, vgl. a. S. 466 N. 1, S. 596, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 39, ROHG. 19. Juni 1872 Entsch. VI Nr. 93 S. 416, 26. Juni 1876 XX Nr. 54 S. 180, RG. 26. April 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1222, ferner die sich nicht direkt mit der Vollstreckbarkeit befassenden UU. d. RG. Entsch. III Nr. 17 S. 57, Nr. 92 S. 339, V Nr. 16 O. 69, XIII Nr. 25 S. 96 und OLG. Braunschweig SA. XLVIII Nr. 275. AM. Siebenhaar S. 629, Endemann III S. 142, A. Förster N. 2 B, Wach Handb. I S. 525, Römer Abhandl. (1877) S. 149 f.]

Der Erwerb eines Handelsgeschäfts bewirkt, auch wenn man [mit RG. Entsch. II S. 55] die Haftung des Erwerbers für alle Passiven annimmt, keine allgemeine Rechtsnachfolge; daher kann die Vollstreckungsklausel außer den Fällen der §§ 236, 238 nicht gegen den Erwerber erteilt werden.

Über Fortsetzung der beim Tode des Schuldners begonnenen Zwangsvollstreckung s. § 693. Über Beginn der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß eines verstorbenen Schuldners bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, s. § 694.

4. „Unter Berücksichtigung der §§ 236, 238 gegen denjenigen Rechtsnachfolger des Schuldners, an welchen ... veräußert ist." Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 236, Bem. Nr. 5 zu § 238. Die Umstellung ist insbesondere für die Fälle der hypothekarischen Klage bei Veräußerung des Hypothekenobjekts während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits von praktischer Bedeutung. Ausführungen über diesen Fall mit Rücksicht auf das preuß. Immobiliarsachenrecht s. bei Wilm. Levy N. 5; vgl. a. RG. 17. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 57 S. 237.

Nach HGB. Art. 764 kann der Schiffsgläubiger, der sein Pfandrecht verfolgt, sowohl den Rheder als auch den Schiffer belangen; das gegen den Schiffer ergangene Erkenntnis ist in Ansehung des Pfandrechts gegen den Rheder wirksam. Hat der Schiffsgläubiger gegen den Schiffer A ein Urteil erwirkt und es tritt nach dem Urteile ein Wechsel in der Person des Schiffers ein, so kann gegen den Schiffer B die Vollstreckung mit Beschränkung auf das Schiff und Zubehör verlangt werden; denn wenn auch das Schiff nicht an den neuen Schiffer „veräußert" ist, so ist doch der Schiffer B der Nachfolger des A als dinglicher Schuldner [vgl. Krech u. Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 497, Schultze S. 79 N. 5]. Zweifelhaft ist, ob der Schiffsgläubiger zu dem gegen den Schiffer erwirkten Urteile eine gegen den Rheder lautende Vollstreckungsklausel erwirken kann. Zwar ist zwischen Rheder und Schiffer keine Rechtsnachfolge vorhanden; aber auf Grund des HGB. Art. 764 Abs. 2 dürfte in entsprechender Anwendung des § 665 die Vollstreckungsklausel gegen den Rheder zu erteilen sein. [Vgl. Krech u. Fischer a. a. O. S. 498. AM. Gaupp II S. 341 bei N. 13.]

5. „Öffentliche Urkunde" — s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

6. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel für und gegen den Rechtsnachfolger wird dadurch nicht gehindert, daß das Verfahren unterbrochen oder ausgesetzt ist. Das ist für vorläufig vollstreckbare Urteile bedeutsam.

Digitized by Google

§ 666.

In den Fällen der §§ 664, 665 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Die Anordnung ist in der Vollstreckungsklausel zu erwähnen.

KPr. S. 347—350, 564, 565.

1. Der in der JK. d. RT. eingefügte § 666 entzieht in den Fällen der §§ 664, 665 die Erteilung der Vollstreckbarkeitsklausel der alleinigen Kognition des Gerichtsschreibers. Der Gerichtsschreiber hat den Vorsitzenden des Gerichts um die Ermächtigung anzugehen. Versagt dieser die Ermächtigung, so darf der Gerichtsschreiber die vollstr. Ausfertigung nicht erteilen, sondern muß das Gesuch zurückweisen. Die zurückweisende Verfügung geht formell vom Gerichtsschreiber aus; sie ist dem Gesuchsteller zuzustellen (§ 294). Dieser kann gemäß § 539 die Entscheidung des Gerichts nachsuchen; eine Beschwerde gegen Weigerung des Vorsitzenden findet nicht statt, weil die Weigerung bloß ein Internum des Gerichts ist. Da die Verfügung des Gerichtsschreibers innerhalb des Vollstreckungsverfahrens liegt, muß das an das Gericht zu stellende Gesuch gemäß §§ 701, 540 Abs. 4 innerhalb der Beschwerdefrist eingereicht werden; will das Gericht dem Gesuche nicht entsprechen, so hat es das Gesuch dem Beschwerdegerichte vorzulegen. [So auch Wilm. Levy N. 1 vgl. mit N. 3 zu § 662, Gaupp II S. 342, Falkmann Zwangsvollstr. S. 34, 41, David Ztschr. f. d. CPr. XX S. 429, OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 230. Auch Planck I § 36 N. 30, § 80 N. 45 sowie RG. 15. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 85 S. 376 teilen die Ansicht, daß gegen die Verf. des Gerichtsschr. die Entsch. des Gerichts nachzusuchen sei, ohne sich jedoch darüber auszusprechen, ob die §§ 701, 540 Abs. 4 Anwendung finden. Nach der in Bem. Nr. 3 zu § 662 erwähnten Ansicht des RG. wäre dies nicht der Fall. Die Ansicht, daß sofort. Beschwerde gegen die Verfügung des Vorsitzenden stattfinde, vertreten Struckm. Koch N. 3 und Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 334.] — Wird die vollstreckb. Ausfertigung erteilt, so kann der Schuldner Einwendungen nach § 668 und, wenn seine Einwendungen materiellrechtlicher Natur sind, auch Klage nach § 687 erheben. Eine Beschwerde gegen die Erteilung der vollstr. Ausfertigung steht ihm nicht zu, weil formell gar keine Entscheidung vorliegt und weil ihm in § 668 ein anderer Weg eröffnet ist, der erst zu einer mit Beschwerde anfechtbaren Entscheidung führt. [Vgl. RG. Entsch. XX Nr. 85 S. 375 ff., OLG. Kassel SA. XLVII Nr. 249, David a. a. O. S. 420 ff. AM. nur Struckm. Koch und Brettner a. a. O.]

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 N. 2 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 667.

Kann der nach den §§ 664, 665 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Prozeßgerichte erster Instanz aus dem Urteile auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

Mot. S. 405. KPr. S. 351, 565.

1. „Kläger" — soll heißen: „Gläubiger". Redaktionsversehen.

2. Die Klage kann erhoben werden, ohne daß ein Gesuch um Erteilung der Vollstreckungsklausel abgewiesen ward. Der Gläubiger, dessen Gesuch abgewiesen ward, kann klagen, ohne zuvor den Weg der Remonstration (s. Bem. Nr. 1 zu § 666) beschritten zu haben.

Digitized by Google

3. Beklagter ist der Schuldner (exequendus). Für das Verfahren gelten die allgemeinen Regeln. Nur die Zuständigkeit ist besonders geregelt. Ausschließlich zuständig ist das Prozeßgericht erster Instanz; vgl. Bem. Nr. 3 litt. e zu § 686. In der Verhandlung können die nach § 686 zulässigen Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch geltend gemacht werden. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N 1, Gaupp II S. 343 bei N. 6, RG. 6. Juli 1894 Sächs. Arch. IV S. 735. AM. Hellmann Lehrb. S. 828, Rintelen Ztschr. f. d. CPr. IX S. 205.] Vgl. a. Bem. Nr. 4 zu § 686. Durch Widerklage kann die Erteilung der Vollstreckungsklausel verlangt werden, wenn der Schuldner die Klage nach § 687 erhoben hat. [Vgl. RG. 5. Juli 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1202.]

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8; GO. f. RA. § 20.

§ 668.

Über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei.

Mot. S. 407. KPr. S. 351, 565.

1. Während des Zwangsvollstreckungsverfahrens kommen Einwendungen von dreierlei Art vor: a) Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel, b) Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung oder gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers, c) die Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen.

Nur auf die Einwendungen ad a beziehen sich die §§ 668, 687; die Einwendungen ad b sind in § 685, die ad c in § 686 behandelt.

2. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687) können den Eintritt der Rechtskraft bestreiten oder sich mit Rücksicht auf die §§ 664, 665 auf die Behauptung gründen, daß eine der formellen gesetzlichen Voraussetzungen bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht vorhanden gewesen, daß z. B. die Succession seitens des Gläubigers nicht durch eine öffentliche Urkunde erwiesen oder notorisch sei (vgl. hann. Prot. XI S. 4204 ff., 4213, 4219 ff.); sie können aber auch materieller Natur sein und ungeachtet des formell gehörig geführten Nachweises die Annahme als irrig angreifen, daß eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe bezw. die bedingte Thatsache eingetreten sei. In jedem Falle kann der Schuldner die Entscheidung über diese Einwendungen nach Art einer Beschwerde über das Verfahren des Gerichtsschreibers (§ 539) bei demjenigen Gerichte extrahieren, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt hat, und gegen die Entscheidung dieses Gerichts findet demnächst Beschwerde statt (§ 701). Das auf diesem Wege und ohne die Notwendigkeit mündlicher Verhandlung erzielte Resultat entscheidet provisorisch zunächst nur die Frage, ob zu vollstrecken, bezw. ob die Vollstreckungsklausel aufrecht zu erhalten oder nicht, was in den meisten Fällen dem Schuldner genügen wird. Will er dagegen eine materielle Entscheidung über die bestrittene Existenz der Bedingung oder die Rechtsnachfolge haben, so kann diese nur im Wege des kontradiktorischen Verfahrens ergehen, bei welchem gegenüber dem formell ordnungsmäßigen Nachweise des Gläubigers der Schuldner auf den Weg der Klage zu verweisen ist (§ 687)."

Digitized by Google

Ist gemäß § 667 ein Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erwirkt, so sind Einwendungen aus § 668 wie auch die Klage aus § 687 ausgeschlossen.

Die Einwendungen sind an keine Frist gebunden. Ist das Gericht, das über die Einwendungen zu entscheiden hat, ein Amtsgericht, so können die Einwendungen durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, ist das Gericht ein höheres, so müssen die Einwendungen in einem von einem Anwalte gefertigten Schriftsatze vorgebracht werden (arg. § 74). — Wegen des Verfahrens vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt (§ 701). Wird die Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt, so ist sie auf der Ausfertigung zu tilgen; die Vollstreckung ist für unzulässig zu erklären. Vollziehung s. § 691 Nr. 1 und § 692.

Die in diesem Verfahren erzielte Entscheidung ist in Bezug auf die prozeßrechtlichen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel endgültig; der Schuldner kann eine solche Einwendung nicht durch Widerspruchsklage geltend machen. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 345 bei N. 8, Falkmann Zwangsvollstr. S. 93. AM. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 156 f.] Dagegen können materiellrechtliche Einwendungen gegen die Existenz der Bedingung (§ 664) oder der Rechtsnachfolge (§ 665) auch durch Widerspruchsklage (§ 687) geltend gemacht werden [RG. 3. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1165].

3. Zu Abs. 2: Über den Inhalt der einstw. Anordnungen vgl. Bem. Nr. 1 litt. a, b zu § 647. Hier kann auch die Hinterlegung angeordnet werden, da die Anordnungen mit „insbesondere" angeführt sind. Die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln kann nicht durch einstw. Anordnung, sondern erst bei der Entscheidung über die Einwendungen ausgesprochen werden. Die Anordnungen sind keine einstweiligen Verfügungen im Sinne der §§ 814 ff. (vgl. Bem. Nr. 3 zu § 814). Sie können auf Antrag oder von Amtswegen erlassen werden, solange noch nicht über die Einwendungen entschieden ist. Weil es bloß einstweilige Anordnungen sind, treten sie mit der Entscheidung über die Einwendungen außer Kraft; denn wenn das Gericht den Einwendungen stattgiebt, dann ist die Unzulässigkeit, wenn es sie verwirft, die Zulässigkeit der Vollstreckung ausgesprochen. Gegen die einstw. Anordnung und gegen die Zurückweisung eines Antrags auf eine solche Anordnung findet die sofort. Beschwerde statt (§ 701), sie ist nicht (wie in § 647 Abs. 2) ausgeschlossen. Vollziehung der einstweiligen Anordnung s. § 691 Nr. 2.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 in der Fassung d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 24, 35.

§ 669.

Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst erteilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden.

Der Gerichtsschreiber hat von der Erteilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntnis zu setzen.

Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen.

Mot. S. 405, 406. KPr. S. 351, 565.

1. Abgesehen von dem Falle des Verlustes kann der Gläubiger mehrerer Ausfertigungen bedürfen, um die Zwangsvollstreckung an verschiedenen Orten oder gegen verschiedene

Digitized by Google

Schuldner auszuführen (Mot. S. 406). In allen bedenklichen Fällen wird der Vorsitzende den Schuldner schriftlich oder mündlich hören. — Wie in den Fällen des § 666 kann der Gläubiger gegen die Verweigerung, der Schuldner gegen die Bewilligung der zweiten Ausfertigung die Entscheidung des Gerichts, dessen Gerichtsschreiber die weitere Ausfertigung versagt oder erteilt, provozieren; die Bem. Nr. 1 zu § 666 findet hierher entsprechende Anwendung. [Vgl. Gaupp II S. 346 bei N. 8, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 64. AM. Struckm. Koch N. 4, Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 297, die die sofortige Beschwerde an das höhere Gericht zulassen. Das RG. 13. Juli 1893 Entsch. XXXI Nr. 103 S. 411 f. erklärt Beschwerde gegen die Bewilligung für unzulässig auf Grund der irrigen Annahme, daß die Erteilung einer vollstr. Ausf. nicht zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehöre.]

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 (in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 24, 32.

§ 670.

Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Urschrift des Urteils zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung erteilt ist.

Mot. S. 406. KPr. S. 351, 565.

Die Bemerkung liegt dem Gerichtsschreiber ob (Mot. S. 406).

§ 671.

Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteile oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Hängt die Vollstreckung eines Urteils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache ab oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urteils für die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Gläubigers oder gegen die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Schuldners, so muß außer dem zu vollstreckenden Urteile auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden erteilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn derselben zugestellt werden.

Mot. S. 390, 391, 404, 405, 410, 411. KPr. S. 351, 565.

1. Nur für die in dem Urteile oder in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnete Person darf die Zwangsvollstreckung erfolgen. Lautet das Urteil zu Gunsten einer nicht prozeßfähigen Partei, so kann der gesetzliche Vertreter die Vollstreckung betreiben, auch wenn er nicht den Prozeß geführt hat; der Gerichtsvollzieher und das um die Vollstreckungshandlung angegangene Gericht haben die Legitimation zu prüfen. Der im Urteile genannte Gläubiger kann die Vollstreckung durch einen Bevollmächtigten betreiben. Die Prozeßvollmacht ermächtigt nach § 77 zum Betriebe der Zwangsvollstreckung. Daher ist die Vollmacht des im Urteile genannten Prozeßbevollmächtigten nicht weiter zu prüfen. Wohl aber muß der Gerichtsvollzieher und das um Vollstreckungshandlungen angegangene Gericht die Vollmacht prüfen, wenn jemand, der nicht als Prozeßbevollmächtigter im Urteile genannt ist, die Zwangsvollstreckung verlangt.

Tritt nach Beginn der Zwangsvollstreckung eine Rechtsnachfolge auf der Gläubiger-

Digitized by Google

seite ein, so darf der Rechtsnachfolger die Vollstreckung nur fortsetzen, nachdem er die Vollstreckungsklausel auf sich hat umstellen und diese Klausel dem Schuldner nach Abs. 2 hat zustellen lassen. Die in der JK. d. RT. (KPr. S. 351) aufgestellte Behauptung, daß sich die Vorschriften des § 671 nur auf den Beginn der Zwangsvollstreckung beziehen, ist irrig.

2. Nur **gegen** die in dem Urteile oder in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnete Person darf die Zwangsvollstreckung erfolgen. Vgl. Bem. Nr. 3 und 4 zu § 665. Daher darf aus dem einen Ehegatten verurteilenden Erkenntnisse nicht die Exekution in das Vermögen des anderen Ehegatten erfolgen, selbst wenn dieser nach dem ehelichen Güterrechte für die Schuld mit seinem Vermögen haftbar ist. [Vgl. RG. 20. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 72 S. 292.] Die Frage, wie sich bei Gütergemeinschaft die Exekution in das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten auf Grund eines nur gegen einen Ehegatten lautenden Titels gestaltet, ist nur durch Untersuchung der einzelnen Güterrechtssysteme zu lösen. Über diese Fragen vgl. Falkmann Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 448 ff., dessen Ansichten aber in verschiedenen Punkten nicht zu billigen sind; insbesondere ist es nicht richtig, daß es zur Vollstreckung in gemeinschaftliches Vermögen stets eines gegen beide Ehegatten lautenden Schuldtitels bedürfe; regelmäßig wird ein gegen den Ehemann vollstreckbarer Titel genügen. Vgl. Entw. I e. BGB. § 1360 Abs. 1, Entw. II Anm. zu § 1310. — Wegen des rhein.-franz. Rechts vgl. RG. 20. April 1883 Entsch. X Nr. 78 S. 276. Wegen des württ. Rechts s. RG. 11. Dez. 1889 SA. XLVI Nr. 76 und bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 296.

Stirbt der Schuldner nach Beginn der Zwangsvollstreckung, so kann die Vollstreckung ohne weiteres in den Nachlaß fortgesetzt werden (§ 693). Dagegen bedarf es einer neuen, gegen den Erben lautenden Vollstreckungsklausel und deren Zustellung, um die Vollstreckung in das Vermögen des Erben auszuführen.

3. Vor oder bei dem Beginne der Zwangsvollstreckung muß das Urteil, das vollstreckt werden soll, **zugestellt** werden. Einmalige Zustellung genügt zu wiederholter Vollstreckung auf Grund desselben Urteils. Dies ist insbesondere für die entsprechende Anwendung des § 671 auf die Vollstreckungstitel der §§ 702, 703 bedeutsam. [Vgl. Bl. f. RA. Erg.Bd. VI S. 353 ff., VII S. 97 ff.] Die Zustellung geschieht an den Schuldner; hat er in der Instanz, in der das Urteil erlassen ist, einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, so muß die Zustellung an diesen erfolgen (§ 162), sonst ist sie ungültig; s. Bem. Nr. 4 zu § 162 [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VII S. 219, Falkmann Zwangsvollstr. S. 46. AM. OLG. Oppeln Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 518; dagegen die Red.Bem. S. 519 ff.]; diese Ungültigkeit dürfte aber nach Analogie des § 267 nur auf Rüge des Schuldners zu beachten sein. Hat der Schuldner das Urteil dem Gläubiger zustellen lassen, so bedarf es keiner Zustellung von Seite des Gläubigers an den Schuldner; denn die Zustellung hat keinen anderen Zweck, als dem Schuldner von dem vollständigen Urteile Kenntnis zu geben; hat der Schuldner dem Gläubiger zugestellt, so hat er diese Kenntnis [vgl. Planck I S. 470 N. 35]. — Die Zustellung der Vollstreckungsklausel ist nur in den Fällen des Abs. 2 erforderlich, nicht im Falle des § 672 Abs. 2 [OLG. Celle SA. XLVIII Nr. 231]. Ist das Urteil schon zugestellt, so wird die Klausel besonders zugestellt. — Über Besorgung der nach §§ 671, 672 nötigen Zustellungen im Verfahren vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 56 Abs. 4.

Ein Befriedigungsgebot (executoriales) kennt das Gesetz nicht (vgl. S. 817 Ziff. VI 3).

4. Eine Vollstreckungshandlung, die unter Verletzung der in § 671 enthaltenen Bestimmungen vorgenommen wurde, ist ungültig und kann auch nicht dadurch, daß die Zu-

Digitized by Google

stellung nachgeholt werden, gültig werden. [In den Entsch. d. RG. VI Nr. 120, S. 358, VIII Nr. 128 S. 429, XIV N. 94 S. 335, die vor dem zu § 809 erlassenen Ges. v. 30. Apr. 1886 liegen, ist die Ungültigkeit einer Arrestvollziehung vor Zustellung des Arrestbefehls ausgesprochen; die Begründung paßt auf jede Vollstreckung. Allgemein wird die Ungültigkeit der Vollstreckung vor Zustellung des Titels ausgesprochen vom RG. 4. Juni 1886 Bl. f. RA. VII Erg.Bd. S. 128, OLG. Nürnberg eod. VIII Erg.Bd. S. 371. In einem U. v. 17. Dez. 1883 in Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 845 hatte der V. CS. d. RG. die Ansicht aufgestellt, die nachträgliche Zustellung könne die Ungültigkeit dem Schuldner gegenüber, aber nicht im Verhältnisse zu Dritten beseitigen. Diese unrichtige Ansicht hat der V. CS. in einer Entscheidung v. 10. Okt. 1888 Bl. f. RA. IX Erg.Bd. S. 219 aufgegeben und gründlich widerlegt. Nichts destoweniger beriefen sich der VI. CS. 2. Jan. 1890 Entsch. XXV Nr. 84 S. 369 und der IV. CS. 13. Febr. 1893 SA. XLIX Nr. 127 auf jenes frühere Urteil und schlossen sich der falschen Ansicht an. — Daß die Nichtbeachtung des § 671 die Vollstreckung ungültig mache, bestreitet Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 394 f., 421 ff.]

Eine Ausnahme von § 671 gilt auf Grund des neuen Abs. 3 des § 809 für die Vollziehung der Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen.

§ 672.

Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritte eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Mot. S. 404, 405, 411. KPr. S. 351, 377, 378, 565.

Vgl. § 664 nebst den Bemerkungen. Öffentliche Urkunde — s. §§ 380, 382, 383. — Eine gegen § 672 verstoßende Vollstreckung ist ungültig. Das in Bem. Nr. 4 zu § 671 cit. U. d. RG. Entsch. XXV Nr. 84 läßt die Vollstreckung durch nachfolgende Zustellung des Nachweises der Sicherheitsleistung konvalescieren, was unrichtig sein dürfte.

§ 673.

Gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung erst beginnen, nachdem von derselben die vorgesetzte Militärbehörde Anzeige erhalten hat.

Dem Gläubiger ist auf Verlangen der Empfang der Anzeige von der Militärbehörde zu bescheinigen.

Mot. S. 391, 411. KPr. S. 351, 352, 377—383, 565, 682.

1. Nach den Entwürfen sollte die Zwangsvollstreckung gegen Militärpersonen von der Erteilung einer sog. Paritionsordre (preuß. KO. v. 4. Juni und 8. Sept. 1822 GS. S. 209) bedingt sein. In der JK. d. RT. wurde dies geändert.

2. „Dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson" — s. Bem. Nr. 2 zu § 14. Zu den Militärpersonen gehören auch die Militärbeamten. — „Vorgesetzte Militärbehörde" — s. Bek. im ZBl. f. d. DR. 1880 Nr. 26, preuß. JMBl. 1880 S. 156. — Die Anzeige kann von dem Gläubiger, dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber erstattet werden. Unterlassung der Anzeige dürfte die Vollstreckungshandlungen ungültig machen.

Digitized by Google

3. Die in Abs. 1 enthaltene Beschränkung der Zwangsvollstreckung kann nicht durch vorgängige Einwilligung des Schuldners beseitigt werden; arg. RMil.Ges. vom 2. Mai 1874 § 45 Abs. 2.

4. Wegen Zwangsvollstreckung in Kasernen s. § 699; wegen Haft der Militärpersonen s. §§ 785, 786, 793.

§ 674.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

Der Gläubiger kann wegen Erteilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

Mot. S. 388, 389, 411. KPr. S. 353, 565.

1. Der Gerichtsvollzieher ist Beamter (GVG. § 155) und zugleich Beauftragter der Partei (CPrO. §§ 674, 675). Die Beamteneigenschaft schließt ein nach den civilrechtlichen Regeln zu beurteilendes Auftragsverhältnis zwischen dem GV. und der Partei nicht aus, modifiziert aber in einzelnen Beziehungen die Anwendbarkeit der Regeln über Mandat. Als Beauftragter der Partei erwirbt der GV. für die Partei Faustpfandrecht (§ 712), nimmt Zahlungen in Empfang, stellt Quittungen aus (§§ 675, 716, 720) und haftet der Partei für die ordnungsmäßige Ausführung des Auftrags. So auch Mot. S. 388 u. S. 411, Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 352 bei N. 3, Petersen S. 945, A. Förster N. 1 zu § 152, N. 2 zu § 674, Wach I S. 322 N. 28, Dernburg pr. PrR. II § 298 N. 28, Schultze Privatrecht und Prozeß I S. 50 f., 96 f. (dazu L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 190), Mandry d. civilr. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 341 N. 18, Weismann Hauptintervention S. 41 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 65, Rudolph Jahr. f. Dogm. XX S. 382 ff., Kühne Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 504, Westerburg eod. S. 878 f., Glasenapp eod. XXIV S. 291, Jastrow Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 358 ff., Hahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 330 ff., OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 415, Frantz Exekutionsintervention (Mannheim 1889), Magnus Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 947 ff., OLG. Hamburg SA. XXXVII S. 358 und nach einigem Schwanken — s. Entsch. IX S. 361 u. X S. 233 — auch RG. verein. CS. 10. Juni 1886 XVI S. 396 ff. in durchschlagender Begründung; vgl. ferner RG. 5. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 106 S. 362, 10. Jan. 1887 XVII Nr. 80 S. 392 ff., 19. Dez. 1887 XX Nr. 89 S. 389, 11. Dez. 1893 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 196. Dagegen wird das Beamtenverhältnis einseitig urgiert und das Auftragsverhältnis zur Partei bestritten von Planck I S. 136 (hierüber L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XI S. 196), Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 240 ff. u. Arch. f. c. Pr. LXVI S. 183 ff., Neffel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 97 ff., Eccius Förster pr. PrR. II § 141 N. 33 cf. § 154 N. 3, Bunsen Zwangsvollstr. S. 123 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. pr. u. d. R. XIII S. 567 ff., Hellmann Bl. f. RA. LIII S. 273, 290, 308, Riehl Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 36 ff. — Über Ausschließung des Gerichtsvollziehers s. GVG. § 156.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 152. — „Gerichtsschreiber" — sc. des Vollstreckungsgerichts (§ 684); vgl. preuß. Gesch.Ordn. f. d. Gerichtsschr. d. AG. § 19 Abs. 2, 4 und GA. f. GV. § 49 Abs. 1.

3. In den deutschen Schutzgebieten erfolgt die Zwangsvollstreckung ausschließlich

Digitized by Google

durch die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit erster Instanz ermächtigten Beamten. Der Beibringung einer vollstreckbaren Ausfertigung bedarf es nicht, soweit dieselbe von dem Gerichtsschreiber der Gerichtsbehörde, durch welche die Zwangsvollstreckung zu erfolgen hat, zu erteilen sein würde. Der Beamte kann nach Anordnung der Zwangsvollstreckung mit der Ausführung andere Personen beauftragen, die nach seinen Anweisungen zu verfahren haben. S. die auf Grund der RG. betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete v. 17. April 1886 (RGBl. S. 75) und v. 19. März 1888 (RGBl. S. 75) erlassenen Kais. Verordnungen RGBl. 1886 S. 187, 291, RGBl. 1887 S. 4, 1888 S. 211, 221, RGBl. 1890 S. 55, 1891 S. 1.

§ 675.

In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.

Mot. S. 411, 412. KPr. S. 353—358, 565.

1. § 675 bestimmt den Umfang der Befugnisse des GV., der von der Partei den Auftrag zur Zwangsvollstreckung und die vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels erhalten hat, im Verhältnisse zum Schuldner. a) Der GV. ist befugt, Zahlungen für die Partei in Empfang zu nehmen. Der Schuldner wird durch die Zahlung oder Leistung an den GV. befreit; der Gläubiger trägt von diesem Zeitpunkte an die Gefahr, insbesondere auch die der Veruntreuung durch den GV. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger gegen den Staat, der den GV. angestellt hat, Regreß nehmen kann, ist nach dem Landesrechte zu beurteilen. Gemeinrechtlich läßt sich die Haftbarkeit des Staates nicht begründen. b) Der GV. ist befugt, über das Empfangene Quittung auszustellen (vgl. § 677). Den Namen der Partei zu zeichnen ist der GV. nicht befugt. c) Der GV. hat dem Schuldner, der der in dem vollstr. Titel ausgedrückten Verbindlichkeit genügt hat, die vollstr. Ausfertigung auszuliefern. — Wegen Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Befugnisse des GV. s. Bem. Nr. 3 zu § 676.

Der gesetzliche Umfang der Befugnisse des zur Zwangsvollstreckung beauftragten GV. ist andererseits auf die Vollstreckungsthätigkeit und die in § 675 bezeichneten Handlungen beschränkt. Der GV. kann also, ohne dazu *besonders* ermächtigt zu sein, keinen Vergleich schließen, keinen Nachlaß und keine Stundung gewähren, keine Hingabe an Zahlungsstatt annehmen ꝛc. Er kann auch nicht beliebig substituieren (vgl. preuß. GVG. § 35).

2. Der Auftrag zur Vollstreckung kann jederzeit zurückgenommen werden. Solange jedoch der Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung in Händen hat, greift § 676 ein.

3. Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 4, 11 u. 12 Nr. 4 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881.

§ 676.

Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der im § 675 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

Mot. S. 411, 412. KPr. S. 353—358, 565.

Digitized by Google

1. Der GV. darf Vollstreckungs- sowie die in § 675 bezeichneten Handlungen nur vornehmen, wenn sich die vollstreckbare Ausfertigung in seinem Besitz befindet (norddb. Prot. IV S. 1981, preuß. GO. f. d. GV. § 49 Abs. 3). Der Schuldner kann die Vorzeigung dieser Ausfertigung verlangen; er braucht Zahlung an den GV. nur zu leisten, wenn der GV. die vollstr. Ausfertigung besitzt. Zahlt der Schuldner einem GV., der die vollstr. Ausfertigung nicht besitzt, so wird er nur befreit, wenn der GV. zur Empfangnahme ermächtigt war oder wenn der Gläubiger die Zahlung genehmigt oder abgeliefert erhielt.

2. Auch wenn der GV. den Besitz der vollstr. Ausfertigung ohne den Willen des Gläubigers erlangt hat, ist er dem Schuldner und Dritten gegenüber zur Vornahme der Zwangsvollstreckung legitimiert, Kollusion natürlich ausgeschlossen.

3. Der Gläubiger kann weder den Mangel (Nichterteilung oder Zurücknahme) des Auftrags noch eine Beschränkung der in § 675 bezeichneten Befugnisse dem Schuldner oder Dritten gegenüber geltend machen. Die innere Seite des Auftragsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem GV. ist dadurch nicht berührt. Nimmt der GV. einen Auftrag an, bei dessen Erteilung ihm einzelne der in § 675 genannten Befugnis entzogen oder sonstige Beschränkungen, z. B. bezüglich der Art und Weise der Vollstreckung, auferlegt sind, so wird er durch Zuwiderhandeln dem Gläubiger haftbar. Ist der Gläubiger oder ein von ihm zur Empfangnahme Ermächtigter ꝛc. mit dem GV. erschienen, so kann jener verlangen, daß ihm selbst gezahlt werde (Mot. S. 412, KPr. S. 354).

4. Der Auftrag zur Zwangsvollstreckung hat nicht zur Folge, daß unzulässige oder ungesetzliche Vollstreckungshandlungen des GV. vom Gläubiger zu vertreten sind. Vgl. Anl. des mündl. Ber. d. IX. Komm. d. RT. über die Entw. d. GKG., GO. f. GV. und d. GO. f. Z. u. Sachv. v. 11. Mai 1878, zu § 41 Nr. 9 des Entw. = § 47 Nr. 14 des GKG., RG. 12. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1170, 7. März 1893 SA. XLVIII Nr. 14.

§ 677.

Der Gerichtsvollzieher hat nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei teilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu bemerken und dem Schuldner Quittung zu erteilen.

Das Recht des Schuldners, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

Mot. S. 412. KPr. S. 353, 565.

1. Zu Abs. 1: Die Quittung des GV. ist eine öffentliche Urkunde (§§ 380, 383), denn der GV. ist Beamter. In der norddb. Komm. wurde zwar abgelehnt, die Quittung ausdrücklich als öffentliche Urkunde zu bezeichnen (norddb. Prot. IV S. 1987, 1988); sie hat jedoch alle Eigenschaften einer solchen. — Zur Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung ꝛc. ist der GV. nur verbunden, wenn ihm geleistet wird (KPr. S. 358). — Hat der Schuldner den Gläubiger ohne Zwangsvollstreckung befriedigt, so hat er keinen Anspruch auf die Auslieferung der vollstr. Ausfertigung [OLG. Marienwerder SA. XXXVII Nr. 354].

2. Zu Abs. 2: Ob der Schuldner eine Quittung des Gläubigers fordern kann, ist aus dem materiellen Rechte zu beurteilen.

§ 678.

Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert.

Digitized by Google

Er ist befugt, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen.

Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

1. Unter „Wohnung" sind auch deren Dependenzen (Stall, Scheune ꝛc.), sowie die Geschäftsräume, Magazine ꝛc., selbst wenn sie nicht mit den Wohnräumen verbunden sind, zu verstehen (nordd. Prot. IV S. 1989). — Die Wohnung kann im Gasthofe sein.

2. Unter „Behältnissen" sind auch die Taschen in den Kleidern am Leibe des Schuldners zu verstehen. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 358 N. 4, Falkmann Zwangsvollstr. S. 79, KG. Berlin Ztschr. f. GV. 1887 S. 6, RG. Entsch. i. StrS. XVI S. 220. AM. Walter Ztschr. f. GV. 1887 S. 87.]

3. Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 12 Nr. 1, 13 Nr. 5; GKG. § 47 Nr. 12; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

§ 679.

Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig, so hat der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

„Wohnung" s. Bem. Nr. 1 zu § 678. — „Zur Familie gehörige — Person" vgl. Bem. Nr. 3 zu § 166. Die Zeugen können zugleich zur Brechung des Widerstandes verwendet werden. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. §§ 12 Nr. 1, 13 Nr. 5.

§ 680.

Jeder Person, welche bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt ist, muß auf Begehren Einsicht der Akten des Gerichtsvollziehers gestattet und Abschrift einzelner Aktenstücke erteilt werden.

Mot. S. 412. KPr. S. 358, 565.

1. Bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt ist auch der Dritte, der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung (§ 690) erheben oder ein Pfand- oder Vorzugsrecht am Erlöse aus der gepfändeten Sache (§ 710) geltend machen will; ebenso der Drittschuldner.

2. Schreibgebühren für die Abschriften — s. GO. f. GV. § 14 Nr. 1.

§ 681.

Zur Nachtzeit, sowie an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Vollstreckungshandlung nur mit Erlaubnis des Amtsrichters erfolgen, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubnis erteilt wird, ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

Die Nachtzeit umfaßt in dem Zeitraume vom 1. April bis 30. September die Stunden von neun Uhr abends bis vier Uhr morgens und in dem Zeit-

Digitized by Google

raume vom 1. Oktober bis 31. März die Stunden von neun Uhr abends bis sechs Uhr morgens.

Mot. S. 151, 412. KPr. S. 358—360, 565.

1. Wegen der „Sonn- und Feiertage" s. Bem. Nr. 1 zu § 171. — Unter „Vollstreckungshandlung" im Sinne des § 681 ist nicht die Zustellung einer gerichtlichen Vollstreckungsverfügung (z. B. §§ 730, 739, 744, 754) zu verstehen. Für diese gelten die Vorschriften des § 171.

2. Gegen eine dem § 681 Abs. 1 zuwider vorgenommene Vollstreckungshandlung kann der Schuldner und der bei der Vollstreckungshandlung etwa als Inhaber der gepfändeten Sache beteiligte Dritte Einwendungen nach § 685 vorbringen und das Gericht müßte dann die Vollstreckungshandlung rückgängig machen. Praktisch ist das nicht von großer Bedeutung wegen der Möglichkeit der Wiederholung. Wer nicht bei der Vollstreckungshandlung beteiligt ist — z. B. ein anderer Gläubiger — kann die Vollstreckung nicht wegen Verstoßes gegen § 681 als ungültig anfechten. [Vgl. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 420.]

3. Abs. 2 hat nur instruktionelle Bedeutung. — Die Verfügung ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 12; vgl. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6).

§ 682.

Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll muß enthalten:

1) **Ort und Zeit der Aufnahme;**
2) **den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;**
3) **die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;**
4) **die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei;**
5) **die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.**

Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben.

Mot. S. 412. KPr. S. 360—565.

1. Unter „Vollstreckungshandlung" im Sinne des § 682 ist nicht die Zustellung gerichtlicher Vollstreckungsverfügungen (§§ 730, 739, 744, 754) zu verstehen. Darüber ist kein Protokoll, sondern eine dem § 174 entsprechende Zustellungsurkunde aufzunehmen.

2. Die Errichtung eines Protokolls ist wesentlich. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung — z. B. die thatsächliche Wegnahme eines Gegenstandes als Pfand — ohne Protokollierung ist ungültig. Nicht anders steht es, wenn das Protokoll den Vorschriften des § 682 nicht entspricht; arg. „das Protokoll muß enthalten"; vgl. a. Bem. Nr. 8 zu § 174. Allerdings kommt die Ungültigkeit nicht zum Vorschein, solange niemand die Gültigkeit der Vollstreckungshandlung angreift. Aber sowohl der Schuldner wie auch ein anderer Gläubiger kann die Ungültigkeit geltend machen. [Vgl. Hellmann Komm. III S. 47, A. Förster N. 3, v. Bülow N. 2 zu § 682. AM. Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 361 bei N. 1, v. Sarwey II S. 138, Endemann III S. 162, Falkmann Zwangsvollstr. S. 80.]

Digitized by Google

Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde (§ 383), wenn es von dem zuständigen GV. in der vorgeschriebenen Form — dazu gehört nur die Unterschrift des GV. — errichtet ist. Die Mangelhaftigkeit des Inhalts entzieht dem Protokolle nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde; aber was durch die öffentliche Urkunde erwiesen wird, ist nicht das zur ordnungsmäßigen Vollstreckungshandlung Erforderliche. — Das Protokoll bleibt bei den Akten des GV. Abschrift ist den Beteiligten nur auf Begehren zu erteilen (§ 680).

3. Zu Nr. 1: Vgl. Bem. Nr. 1 zu 174. — Zu Nr. 2: „Gegenstand der Vollstreckungshandlung" — z. B. die Pfändung unter Angabe der gepfändeten Gegenstände, die Anlegung von Siegeln, wenn die gepfändeten Gegenstände in Gewahrsam des Schuldners belassen werden, die Wegnahme und Übergabe nach §§ 769, 770, die Besitzentsetzung und Einweisung nach § 771 ꝛc. „Wesentliche Vorgänge" — z. B. § 678, 679. Vgl. preuß. GO. f. GV. § 58. Zu Nr. 3 u. 4: „Personen, mit welchen verhandelt ist" — dazu gehören auch die in § 679 bezeichneten Personen.

4. Nach GO. f. GV. § 23 ist bei Geschäften, die nach Verhältnis der verwendeten Zeit vergütet werden, die Dauer anzugeben.

§ 683.

Die Aufforderungen und sonstigen Mitteilungen, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

Kann die mündliche Ausführung nicht erfolgen, so ist eine Abschrift des Protokolls unter entsprechender Anwendung der §§ 158, 166—170 zuzustellen oder, wenn demjenigen, an welchen die Aufforderung oder Mitteilung zu richten ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht zugestellt werden kann, durch die Post zu übersenden. Die Befolgung dieser Vorschrift muß zum Protokolle bemerkt werden. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

Mot. S. 412, 413. KPr. S. 360, 565.

1. „Aufforderungen und sonstige Mitteilungen" z. B. §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3, 771 Abs. 2.

2. Ist die Zustellung der Aufforderung ꝛc. am Orte der Zwangsvollstreckung nicht möglich, so erfolgt die Übersendung durch die Post, d. i. Aufgabe eines Schreibens unter entsprechender Adresse. Diese Übersendung ist weder Zustellung durch die Post (§§ 176 ff.) noch Zustellung durch Aufgabe zur Post (§§ 161, 221 Abs. 2); sie geschieht ohne Errichtung einer Zustellungsurkunde, die Vorschrift des § 175 ist nicht anwendbar. Die Übersendung muß auch erfolgen, wenn der Adressat im Auslande ist. Nur wenn dessen Aufenthalt unbekannt oder durch die Post unerreichbar ist, unterbleibt die Mitteilung.

§ 684.

Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, dasjenige Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 389, 413. KPr. S. 360, 565.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1: Wegen der Mitwirkung der Gerichte s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 644 S. 817.

2. Zu Abs. 2: „Sofern nicht — bezeichnet" — s. §§ 729 Abs. 2, 750—752 755, 756, 759, 780, 783, 799, 810, 816. — „In dessen Bezirke ꝛc." Das Vollstreckungsgericht kann in verschiedenen Stadien der Vollstreckung ein anderes sein, je nachdem die Mitwirkung des Gerichts in dem einen oder dem anderen Stadium verlangt wird.

3. Zu Abs. 3: Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Wegen Zustellungen s. § 162 und § 163 Schlußsatz. Aus § 701 ergiebt sich die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen alle Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts.

§ 685.

Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im § 668 Abs. 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgerichte steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.

Mot. S. 406—408. KPr. S. 360, 565.

1. Über das Verhältnis der Einwendungen nach § 685 zu den Einwendungen nach § 668 und nach § 686 s. Bem. Nr. 1 zu § 668.

2. Anträge, Einwendungen und Erinnerungen nach § 685 sind nur in Bezug auf die Vollstreckungsthätigkeit der Gerichtsvollzieher, nicht auch in Bezug auf die der Gerichte, zulässig. Soweit die Vollstreckung den Gerichten zugewiesen ist (s. Bem. Nr. 2 Ziff. IV Abs. 2 vor § 644 S. 817), besteht ihre Thätigkeit in Beschlüssen. Diese sind nach § 701 durch sofortige Beschwerde anfechtbar, und zwar steht die Beschwerde nicht bloß dem mit seinem Gesuche abgewiesenen Gläubiger, sondern bei Bewilligung des Gesuches auch dem Schuldner zu, da § 701 nicht unterscheidet. Entgegen dieser Ansicht nimmt das RG. 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 319 ff., 27. Mai 1886 XVI Nr. 84 S. 348, XVIII Nr. 101 S. 433, XXV Nr. 84 S. 371 an, daß der Schuldner auch gegen Akte des Vollstreckungsgerichts, insbesondere gegen Pfändungsbeschlüsse, nicht aber gegen die dem Prozeßgerichte in §§ 773—775 zugewiesenen Beschlüsse [s. jed. a. Entsch. XXIII S. 367, wo § 685 wohl nur aus Versehen angezogen ist], Einwendungen nach § 685 erheben könne. Diese Ansicht geht von der unhaltbaren Annahme aus, daß Pfändungsbeschlüsse keine Entscheidungen im Sinne des § 701 seien und daher der sofortigen Beschwerde nicht unterlägen. [Vgl. insbes. Entsch. XVI S. 322]. Steht dem Schuldner die Beschwerde zu, so ist ihm der Weg des § 685 verschlossen; denn er kann nicht zwei Instanzen auf einmal haben. Die Ansicht des RG. führt auch zu dem mißlichen Ergebnisse, daß derselbe Beschluß, soweit er das Gesuch abschlägig bescheidet, durch die befristete Beschwerde bei dem höheren Gerichte, soweit er aber dem Gesuche stattgiebt, durch die unbefristete Einwendung bei dem Vollstreckungsgerichte angefochten werden könnte. [Vgl. Niedieck Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 369 ff.]

3. Als Anträge, die im Wege des § 685 zur Kognition des Vollstreckungsgerichts zu bringen sind, kommen in Betracht die in § 726 bezeichneten Anträge des Gläubigers oder des Schuldners, ferner Anträge des Gläubigers auf Anweisung des Gerichtsvollziehers, zur Übernahme eines Vollstreckungsauftrags oder zur auftragsmäßigen Ausführung einer

Digitized by Google

Vollstreckungshandlung, wenn der GV. die Übernahme des Auftrags (vgl. GVG. § 156 oder die Ausführung nach Maßgabe des Auftrags verweigerte. Dazu gehört insbesondere auch der Fall, wenn der GV. eine Pfändung mit Rücksicht auf § 708 Abs. 2 oder § 715 ablehnte oder eine Vollstreckung mit Rücksicht auf § 691 einstellte, während der Gläubiger der Ansicht ist, daß diese Vorschriften der Pfändung oder der Vollstreckung nicht entgegenstehen, und der Fall, daß der GV. sich weigert, Kosten anzusetzen, die der Gläubiger als Vollstreckungskosten angesetzt haben will (§ 697).

Als Einwendungen und Erinnerungen des Schuldners, die im Wege des § 685 geltend zu machen sind, kommen diejenigen in Betracht, worin behauptet wird, daß der GV. bei der Vornahme von Vollstreckungshandlungen gegen die Vorschriften des Gesetzes verstieß, sei es, daß er eine Handlung vornahm, die er nicht vornehmen durfte, oder daß er eine Handlung in anderer Weise ausführte, als das Gesetz es vorschreibt. Auf diesem Wege kann sich der Schuldner insbesondere gegen eine Vollstreckung wehren, die nach seiner Ansicht gegen § 691 oder § 708 Abs. 2 oder § 715 verstößt. Auch kann er auf diesem Wege die Entscheidung des Gerichts darüber herbeiführen, ob Gebühren- und Kostenansätze, die der GV. unter die Vollstreckungskosten aufgenommen hat (vgl. § 697), überhaupt und in der angesetzten Höhe anzusetzen sind.

Einwendungen und Erinnerungen, die der Schuldner nach § 685 vor das Vollstreckungsgericht bringen kann, kann er nicht durch Widerspruchsklage (§ 686) verfolgen [vgl. RG. 3. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1164]; nur in den Fällen des § 691 Nr. 3—5 kann er sowohl Einwendungen nach § 685 als auch die Widerspruchsklage erheben.

Einwendungen nach § 685 können nicht bloß vom Schuldner, sondern auch von einem Dritten vorgebracht werden, dessen Interessen durch ein gesetzwidriges Verfahren des GV. verletzt sind. Daher kann der dritte Besitzer einer Sache, die vom GV. der Vorschrift des § 713 zuwider gepfändet wurde, solche Einwendungen vorbringen, unbeschadet der Befugnis, Widerspruchsklage nach § 690 zu erheben, wenn die Voraussetzungen dieser Klage gegeben sind. [So auch die Komm., ferner Bunsen Zwangsvollstr. S. 49, Falkmann Zwangsvollstr. S. 96, v. Glasenapp Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 256, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 204, Kahn Arch. f. c. Pr. LXX S. 437, Koffka Mag. f. DR. VII S. 212, Frommhold Widerspruchsklage S. 253, v. Schrutka die Freigebung fremder Sachen ꝛc. 3. Heft S. 140, RG. 9. Juli 1881 SA. XXXVII Nr. 80, 16. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 102 S. 363, 20. Juni 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 179, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 192, OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 78. AM. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 132 ff., Voß eod. XXIII und Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 96 ff.]

4. Das Vollstreckungsgericht, an welches Anträge oder Einwendungen der in § 685 bezeichneten Art gelangen, ist befugt, vor der Entscheidung die im § 668 Abs. 2 bezeichneten einstweiligen Anordnungen zu treffen. Es kann diese Anordnungen bei der Entscheidung über die Anträge ꝛc. zurücknehmen oder ändern, weil sie bloß provisorische Bedeutung haben.

5. Für das Verfahren und die Entscheidungen einschließlich der einstweiligen Anordnungen gilt § 684 Abs. 3. Aus § 707 folgt die ausschließliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts [vgl. OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 78]; aus § 701 die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen alle in diesem Verfahren erlassenen Anordnungen und Entscheidungen.

6. Die dem GV. vorgesetzte Aufsichtsbehörde kann von Amtswegen oder auf Anregung eines Beteiligten wegen pflichtwidrigen Verhaltens des GV. einschreiten (vgl. Mot. S. 408, nordd. Prot. S. 1997).

Digitized by Google

§ 686.

Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im stande war.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 360, 565.

Litteratur: M. Hommel über materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen (Würzburg 1892).

1. § 686 handelt von den materiellrechtlichen Einwendungen des Verurteilten gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch, im Gegensatze zu den Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687) und zu den Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers (§ 685). Als materiellrechtliche Einwendungen, deren Entstehung nach dem im § 686 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkte möglich ist, kommen insbesondere in Betracht. die Einwendung der Erfüllung (Zahlung, Leistung), des Erlasses, des Vergleichs, der Stundung, des Zwangsvergleichs, der Tilgung durch Annahme an Zahlungsstatt oder durch Abrechnung, die Einrede der Kompensation mit einer nachträglich entstandenen oder erworbenen Gegenforderung und die Einrede der Verjährung des durch das Urteil festgestellten Anspruchs. [In Bezug auf die letztgenannte Einrede vgl. v. Savigny, System V S. 325, ferner preuß. ALR. I 9 §§ 558—560, preuß. Ges. v. 31. März 1838 (GS. S. 249) § 10, dazu Eccius Förster pr. PrR. I 57a, Dernburg pr. PrR. I § 168, sächs. BGB. § 169, Entw. I e. BGB. §§ 177—179, Mot. dazu I S. 337 ff., Entw. II §§ 183—185.] Ferner die sog. exceptio non rite adimpleti contractus gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch auf Leistung Zug um Zug, wenn die Ordnungsmäßigkeit der im Laufe der Vollstreckung angebotenen Gegenleistung beanstandet wird (vgl. Bem. Nr. 2 a. E. zu § 664), dgl. die Einwendung, daß ein solcher Anspruch durch nachträglich eingetretene Unmöglichkeit der Gegenleistung hinfällig geworden sei [OLG. Hamburg SA. L Nr. 139]. Ferner die Einwendung des alternativ verurteilten Schuldners, daß er einen anderen als den vom Gläubiger beigetriebenen Gegenstand geleistet habe [RG. 4. Febr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 100 S. 382], sowie die Einwendung, daß eine zuerkannte Rente gemäß § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes aufzuheben oder zu mindern sei [vgl. Eger Haftpfl.Ges. (3) S. 547]. — Auch die Einrede des Notbedarfs, (beneficium competentiae) ist materiellrechtlich [vgl. Windscheid Pand. II (7) § 267 N. 1 g. E., Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. (3) S. 373]. Ist sie schon in der Verhandlung vor dem Urteile zulässig, wie nach dem gemeinen [vgl. Windscheid § 268] und nach dem preuß. Rechte [vgl. Eccius Förster pr. PrR I § 56 bei N. 31, § 113 N. 13], so so kann sie gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn das Urteil die Rechtswohlthat zuspricht und der Schuldner gegen die dem Urteile zuwiderlaufende Ausdehnung der Vollstreckung Einwendungen erhebt oder wenn sie erst nach dem in Abs. 2 des § 686 bezeichneten Zeitpunkte entstanden (z. B. wenn der Schuldner

Digitized by Google

erst später zu dem Gläubiger in das Verhältnis eines Ehegatten getreten) ist. Vorschriften, wonach diese Einrede ohne Rücksicht darauf, ob sie erst nachträglich entstanden ist, im Stadium der Zwangsvollstreckung zulässig ist (l. 17 § 2 D. sol. matr. 24, 3, l. 33, pr. D. de donat. 39, 5, l. 41 § 2 D. de re iud. 42 1) sind durch § 686 Abs. 2 beseitigt. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy (6) N. 7, Gaupp II S. 368 bei N. 7, Windscheid Pand. (7) II § 268 bei N. 6a, Eccius Förster pr. PrR. I § 56 bei N. 31, RG. 1. Mai 1894 Entsch. XXXIII Nr. 99 S. 378, OLG. Darmstadt Arch. f. pr. RW. XVI S. 409.] Sollte partikularrechtlich bestimmt sein, daß die Einrede des Notbedarfs überhaupt nicht vor dem Urteile, sondern nur im Stadium der Zwangsvollstreckung vorgebracht werden kann [dies behauptet Löschl Bl. f. RA. LV S. 97 ff. für Bayern wegen bayer. GO. v. 1753 cap. XVIII § 10, aber nicht mit Recht], so würde diese Einwendung nicht von der Vorschrift des § 686 Abs. 2 getroffen, sondern ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung zur Widerspruchsklage tauglich sein. — Aufgehoben sind Bestimmungen über die Zulässigkeit der exc. senatusc. Macedoniani und der exc. senatusc. Vellaeani im Exekutionsstadium, wo solche bisher galten [darüber s. Wetzell Syst. § 48 bei N. 108 S. 601]; auch die Einrede des Wuchers kann nicht nachgebracht werden [bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 298]. — Nicht von § 686 Abs. 2 berührt sind die Vorschriften des pr. ALR. I 20 § 46 über exc. excussionis realis, weil die Einwendung erst dadurch entsteht, daß der Gläubiger die Vollstreckung in das andere Vermögen des Schuldners betreibt. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 7. AM. Gaupp II S. 368 N. 9, Eccius Förster pr. PrR. III § 194a N. 21, Schollmeyer Ztschr. f. d. CPr. XV S. 355 f.] — Über das beneficium inventarii s. § 696.

2. Inwieweit die in Bem. Nr. 1 bezeichneten Einreden zulässig sind, bestimmt der Abs. 2 des § 686.

a) Die Einwendung ist nur zulässig, wenn der Grund, auf dem sie beruht, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz und, wenn Berufung ordnungsmäßig eingelegt war, nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz, worauf das Urteil (bedingt oder unbedingt) erging, entstanden ist. Daß auch die nach einem bedingten Endurteile entstandene Einwendung zulässig ist, folgt daraus, daß nach einem bedingten Endurteile keine Einwendungen mehr geltend gemacht werden können; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 427. In der Revisionsinstanz können materiellrechtliche Einwendungen nicht geltend gemacht werden. Hatte ein vorbereitendes Verfahren (§ 313 ff.) stattgefunden, so ist der Zeitpunkt der Präklusion entscheidend, wobei der § 319 Abs. 2 zu berücksichtigen ist. Wurde ein Urteil mit Vorbehalt bestimmter Verteidigungsmittel nach § 502 erlassen, so ist der Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Vorbehaltsurteile entscheidend, weil im Nachverfahren bloß die vorbehaltenen Verteidigungsmittel geltend gemacht werden können. Dagegen ist bei einem Urteile mit allgemeinem Vorbehalt der Rechte nach § 562 der Schluß der mündlichen Verhandlung im Nachverfahren entscheidend, weil hier alle Verteidigungsmittel vorgebracht werden können. — Eine vor dem bezeichneten Zeitpunkte entstandene Einwendung wird nicht dadurch zulässig, daß der Schuldner nachweist, er habe von den der Einwendung zu Grunde liegenden Vorgängen keine Kenntnis gehabt.

b) Die Möglichkeit, eine Einwendung durch Berufung geltend zu machen, hindert deren Geltendmachung zum Widerspruche gegen die Vollstreckung nicht [OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 80]. Anders der Entw. III § 635, der in diesem Punkte in der JK. d. RT. abgeändert wurde (KPr. S. 360). Dagegen kann eine Einwendung gegen den durch ein Versäumnisurteil festgestellten Anspruch solange nicht als Einwendung gegen die Vollstreckung geltend gemacht werden, als der Einspruch noch zulässig ist. Wird dies versucht, so ist die nach § 686 erhobene Klage als unzulässig abzuweisen, ohne daß über die Ein-

Digitized by Google

wendung sachlich entschieden wird. Der Schuldner kann aber die Einspruchsfrist ablaufen lassen und dann die Widerspruchsklage erheben; denn daß er die Möglichkeit gehabt hat, die Einwendung durch Einspruch geltend zu machen, steht der Klage nicht im Wege (arg. „können" — nicht „konnten"). [Vgl. OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 163.]

c) Über entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 686 Abs. 2 auf Vergleiche s. Bem. Nr. 1 zu § 703. Auf Einwendungen gegen den durch einen Vollstreckungsbefehl festgestellten Anspruch findet nicht § 686 Abs. 2, sondern § 704 Abs. 3 Anwendung. Für Einwendungen gegen exekutorische Urkunden (§ 702 Nr. 5) gilt § 686 Abs. 2 nicht (§ 705 Abs. 4). Ebenso nicht für Einwendungen gegen die bestätigte Dispache (HGB. Art. 731, preuß. AG. z. CPrO. § 29 Abs. 4). Auf die Vollstreckungstitel der KO. §§ 152, 179, 192 findet Abs. 2 des § 686 entsprechende Anwendung; zulässig sind gegen unbestrittene Ansprüche Einwendungen, die nach dem Prüfungstermine, und gegen bestrittene Ansprüche Einwendungen, die nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung im Feststellungsprozesse oder, wenn der Widerspruch zurückgenommen wurde, nach der Zurücknahme entstanden sind. Ferner findet Abs. 2 des § 686 entsprechende Anwendung auf Einwendungen gegen Vorschuß- und Nachschußberechnungen im Genossenschaftskonkurse nach §§ 101, 107 des Genoss.-Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55); zulässig sind Einwendungen, die nach dem Schlusse des in § 101 bezeichneten Termins entstanden sind.

3. a) Die nach § 686 Abs. 2 zulässigen Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch sind nach Abs. 1 von dem Schuldner im Wege der Klage gegen den Gläubiger geltend zu machen. Nach dem früheren gem. Prozeßrechte waren derartige Einwendungen in Form von Einreden gegen die Zwangsvollstreckung bei dem vollstreckenden Gerichte geltend zu machen. Die Klageform findet sich zuerst im preuß. Entw. § 1018, dann im nordd. Entw. § 944 und ist von da in die späteren Entwürfe übergegangen. [Über das frühere Recht und die Entwürfe vgl. Hommel S. 5—17, 26—28.] Durch Einführung der Klageform ist daran, daß es sich in dem Verfahren um Abwehr unzulässiger Zwangsvollstreckung handelt, nichts geändert. Die Klage ist keine condictio indebiti [als welche sie von Oetker konkursrechtl. Fragen in der Festschrift der Rost. Jur. Fak. zu Windscheids Doktorjubiläum S. 83 und konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 213 bezeichnet wird]; denn es handelt sich nicht um Herausgabe grundloser Bereicherung und überhaupt nicht um einen civilrechtlichen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, sondern der Kläger begehrt einen Ausspruch des Gerichts über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, und zwar verlangt er, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde. [Vgl. Oetker konkursr. Grundbegr. I S. 580.]

b) Die Widerspruchsklage ist nach den allgemeinen Regeln zu erheben. In der Klageschrift ist das Urteil oder der sonstige Vollstreckungstitel, dessen Vollstreckung für unzulässig erklärt werden soll, zu bezeichnen. Es ist ferner die Einwendung zu bezeichnen, woraus die Unzulässigkeit der Vollstreckung gefolgert wird. Diese Einwendung vertritt die Stelle des Klagegrundes (§ 230 Nr. 2); ihre thatsächliche Substanzierung gehört nach der in Bem. Nr. 3 Ziff. IV zu § 230 vertretenen Ansicht nicht zu den wesentlichen Erfordernissen der Klageschrift, sondern kann in der mündlichen Verhandlung nachgeholt werden. Weil die spezielle Einwendung Klagegrund ist, liegt eine Änderung der Klage vor, wenn im Laufe des Verfahrens eine andere als die in der Klageschrift angeführte Einwendung geltend gemacht wird [OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 279, bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 172], wogegen eine bloße Änderung der thatsächlichen Begründung derselben Einwendung nicht als Änderung der Klage erscheint. Der Antrag ist darauf zu richten, daß das Gericht die Vollstreckung des bezeichneten Vollstreckungstitels für unzulässig

Digitized by Google

erkläre. Entsprechend hat das dem Klagantrage stattgebende Urteil zu lauten. Es ist nicht notwendig, die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der Vollstreckungshandlungen zu verlangen und auszusprechen, weil sich schon aus §§ 691 Nr. 1, 692 ergiebt, daß auf Grund eines die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärenden Urteils die Vollstreckung einzustellen und die erfolgten Vollstreckungshandlungen aufzuheben sind, sobald das Urteil rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Eben deswegen kann von Vollstreckung eines solchen Urteils nach §§ 773—775 nicht die Rede sein.

c) Die Widerspruchsklage kann regelmäßig erst erhoben werden, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat. Die Vollstreckung in bewegliches Vermögen beginnt mit der Pfändung körperlicher Sachen (§§ 712, 732), und bei der Vollstreckung in Forderungs- und sonstige Vermögensrechte mit der Erlassung des Beschlagnahmebeschlusses nach §§ 730, 745, 754, nicht erst mit dessen Zustellung [vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 388 bei N. 4, Voß Mag. f. DR. II S. 134 ff., Hellwig Pfändung von Forderungen S. 120, Kohler Prozeß als RV. S. 124 N. **; meine abweichende in Ztschr. f. d. CPr. III S. 353 vertretene Ansicht kann ich nicht aufrecht halten], außerdem durch Benachrichtigung des Drittschuldners nach § 774, bei Vollstreckung in unbewegliches Vermögen mit der Anordnung des Amtsgerichts nach § 755 Abs. 2 [vgl. Neukamp Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 564]. Die Vollstreckung nach §§ 769—770 beginnt mit der Wegnahme der Sache oder der Entsetzung des Schuldners aus dem Besitze; die Vollstreckung nach §§ 773—775 mit der Erlassung der gerichtlichen Entscheidung.

Vor Beginn der Vollstreckung ist die Klage unter der Voraussetzung des § 231 möglich, also nur, wenn der Schuldner ein rechtliches Interesse daran hat, daß die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung alsbald festgestellt werde. [Vgl. Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 12 f., OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 271. Abw. Gaupp II S. 370 N. 21, der nur eine negative Feststellungsklage bezüglich des „Civilanspruchs" (?), aber nicht die Klage des § 686 als Feststellungsklage zuläßt.]

d) Die Widerspruchsklage kann nur erhoben werden, bis die Zwangsvollstreckung beendigt ist. Beendigt ist die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliches Vermögen, wenn sie in körperliche Sachen vollzogen wird, mit Wegnahme des gepfändeten Geldes und mit Empfang des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher, insoweit nach §§ 716 Abs. 2, 720 die Wegnahme des Geldes oder der Empfang des Erlöses als Zahlung von Seite des Schuldners gilt [vgl. Struckm. Koch N. 3, Petersen (2) S. 961, Fitting Lehrb. (7) S. 709. AM. Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 380 N. 34. Falkmann Zwangsvollstr. S. 124]; sonst mit der Ablieferung des gepfändeten Geldes oder des Erlöses an den Gläubiger oder seinen Bevollmächtigten [vgl. LG. Leipzig Sächs. Arch. III S. 376 u. 504, RG. Berlin SA. L Nr. 62]. Bei Zwangsvollstreckung in Forderungen oder andere Vermögensrechte (§ 754) ist zu unterscheiden: wird eine gepfändete Geldforderung zur Einziehung überwiesen, so endigt die Vollstreckung erst mit der Zahlung des Drittschuldners an den Gläubiger, nicht schon mit der Überweisung; wird eine Geldforderung an Zahlungsstatt überwiesen, so endigt die Vollstreckung mit der Überweisung, denn damit ist die Forderung endgültig an den Gläubiger übertragen. [Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm Freigebung fremder Sachen 3. Heft S. 90, Fitting Lehrb. (7) S. 709 N. 24. AM. Gaupp II S. 380, Frommhold Widerspruchskl. S. 259.] Ist ein Anspruch auf Herausgabe oder Leistung beweglicher körperlicher Sachen gepfändet, so endigt die Vollstreckung erst nach Verwertung der dem GV. herausgegebenen Sachen (vgl. § 746) mit der Empfangnahme des Erlöses oder mit dessen Ablieferung an den Gläubiger. Ist ein Anspruch, der eine unbewegliche Sache betrifft, gepfändet, so endigt die Zwangsvollstreckung wie die Zwangsvollstreckung in unbe-

Digitized by Google

wegliches Vermögen (§ 747). Die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind (§ 754), endigt mit der Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger oder seinen Bevollmächtigten. Wann die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen endigt, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen; spätestens endigt sie mit Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger. — In allen Fällen, wo bei einer Zwangsvollstreckung eine Hinterlegung des Erlöses stattfindet, endigt die Zwangsvollstreckung erst mit der Verteilung des Erlöses [RG. 1. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 182]. Die Zwangsvollstreckung nach §§ 769, 770 endigt mit der Wegnahme, die Vollstreckung nach § 771 mit der Einweisung des Gläubigers in den Besitz, die Vollstreckung nach §§ 773, 774 mit der Befriedigung des Gläubigers. Die Vollstreckung nach § 775 endigt mit der Zurücknahme der Strafandrohung.

Die vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erhobene Klage bleibt zulässig, auch wenn die Vollstreckung fortgesetzt und beendigt wurde. Der Kläger, der die Widerspruchsklage vor Beendigung der Vollstreckung erhoben hat, kann nach Beendigung der Zwangsvollstreckung seinen Antrag dahin erweitern, daß er außer dem Ausspruche, der die Vollstreckung für unzulässig erklärt, auch die Verurteilung des Beklagten zur Erstattung der Leistung verlangt, die nach der Klagerhebung erzwungen worden ist; denn diese Erstattung ist Konsequenz der Unzulässigkeit der Vollstreckung, der Antrag auf Verurteilung zur Erstattung ist Erweiterung des Klagantrags im Sinne des § 240 Abs. 2 Nr. 2. Übrigens ist dem Kläger unbenommen, den Anspruch auf Erstattung des Geleisteten in einem besonderen Prozesse zu verfolgen. Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung kann etwa eine condictio indebiti oder sine causa oder eine actio doli in Frage kommen. Für diese Klagen gelten die Vorschriften des § 686 nicht — Vgl. a. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 745.

e) Für die Widerspruchsklage ist ausschließlich das Prozeßgericht erster Instanz (beim Landgerichte die früher mit der Sache befaßte Kammer) örtlich und sachlich (also ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand der Klage) zuständig [RG. 27. Febr. 1889 SA. XLIV Nr. 236, 13. Dez. 1893, Entsch. XXXIII Nr. 86 S. 356. Unrichtig Heidenheim Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 587]. War der Rechtsstreit vor der Kammer für Handelssachen anhängig, so gehört die Klage vor diese Kammer; denn es handelt sich um die Fortdauer des ursprünglichen Anspruchs. Ist zu einem ausländischen Urteile ein Vollstreckungsurteil erlassen, so gehört die Klage aus § 686 vor das Gericht, das das Vollstreckungsurteil erließ; denn dieses ist das Prozeßgericht (vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 661); ehe das Vollstreckungsurteil erlassen ist, kann die Widerspruchsklage im Inlande nicht erhoben werden. Über die Zuständigkeit für die Klagen gegen Vollstreckungsbefehle s. § 704 Abs. 3, gegen exekutorische Urkunden s. § 705 Abs. 5, gegen Feststellungen im Konkurse und Zwangsvergleiche s. KO. §§ 152, 179, 192, gegen Vorschuß- und Nachschußberechnungen im Genossenschaftskonkurse s. Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) §§ 102 Abs. 3, 107 Abs. 2. Für die Widerspruchsklage ist das Gewerbegericht zuständig, wenn es das Prozeßgericht erster Instanz ist.

Die Zuständigkeitsbestimmung des § 686 gilt nicht für die nach Beendigung der Vollstreckung erhobene Klage auf Erstattung oder auf Schadensersatz.

f) Wegen Zustellung der Widerspruchsklage an den Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers s. §§ 77, 162, 163 und Bem. Nr. 1 zu § 163. Die Klage ist dem Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz zuzustellen, in Ermangelung eines solchen der Partei selbst.

g) Die Klage nach § 686 unterliegt nicht der Verjährung, da kein materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird [OLG. Braunschweig SA. XLIV Nr. 68].

Digitized by Google

4. Der Schuldner kann die nach § 686 Abs. 2 zulässigen Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch verteidigungsweise geltend machen, wenn der Gläubiger gegen ihn eine Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils nach §§ 660, 868 oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 667) Klage erhoben hat; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 661, Bem. Nr. 3 zu § 667, Bem. Nr. 2 zu § 868. Hat der Schuldner in einem solchen Verfahren die Einwendung nicht geltend gemacht, so kann er immer noch die Klage nach § 686 erheben [RG. 20. Mai 1884 Entsch. IX Nr. 119 S. 435].

5. Wenn der Schuldner die Widerspruchsklage erhebt, so muß er alle Einwendungen der in Abs. 1 bezeichneten Art, deren thatsächliche Unterlage ihm zur Zeit der Erhebung der Klage bekannt war, bei Meidung des Ausschlusses in der Klage geltend machen, und zwar in der Klageschrift (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b). Nur Einwendungen, die nach Erhebung der Widerspruchsklage entstanden oder dem Schuldner bekannt geworden sind, können durch eine weitere Widerspruchsklage geltend gemacht werden. Diese Vorschriften sind, da sie die Ordnung des Verfahrens betreffen, von Amtswegen zu beachten [aM. Hommel S. 51], woraus folgt, daß präkludierte Einwendungen auch nicht mit Zustimmung des Gläubigers zur Widerspruchsklage verwendet werden können.

Die nach § 686 Abs. 3 eintretende Präklusion gilt nur für die Widerspruchsklage des § 686, nicht für eine etwaige condictio indebiti oder sine causa oder eine actio doli, die unabhängig von § 686 begründet ist.

§ 687.

Die Bestimmungen des § 686 Abs. 1, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn in den Fällen der §§ 664, 665 der Schuldner den bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatsache, von welcher das Urteil die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestreitet, unbeschadet der Befugnis des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemäßheit des § 668 zu erheben.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 360, 361, 565.

1. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 668. Die Klage kann erhoben werden, ohne daß in Gemäßheit des § 668 Einwendungen geltend gemacht wurden, aber auch nachdem dies geschehen ist. Hatte der Gläubiger die Vollstreckungsklausel gemäß § 667, also durch Urteil erwirkt, so steht der Klage des Schuldners aus § 687 die exc. rei iud. entgegen.

Auch die Klage des § 687 geht darauf, daß die Vollstreckung für unzulässig erklärt werde. Die in Bem. Nr. 3 litt. b, e—g und Nr. 5 zu § 686 vorgetragenen Sätze finden hierher entsprechende Anwendung.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8, 28; GO. f. RA. § 20.

§ 688.

Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zur Erlassung des Urteils über die in den §§ 686, 687 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen.

In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Ent-

Digitized by Google

scheidung des Prozeßgerichts beizubringen sei. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Entscheidung über diese Anträge kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 406—410. KPr. S. 361, 565.

Litteratur: Peters Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 334 ff., 653 ff., Mugdan eod. XXXIX S. 363 ff.

1. Zu Abs. 1: Das Prozeßgericht, d. i. das Gericht, bei dem der Rechtsstreit über die in § 686 bezeichnete Klage in erster oder in höherer Instanz [vgl. RG. 5. März 1894 Entsch. XXXIII Nr. 103 S. 389] anhängig ist, kann die in § 688 vorgesehenen Anordnungen erlassen, und zwar jedes Gericht bis zur Verkündung des die Instanz abschließenden Urteils. Das RG. 15. März 1883 Entsch. X Nr. 92 S. 315 und 5. März 1894, XXXIII Nr. 103 S. 391 erachtet für zulässig, daß das Gericht erster Instanz schon vor Zustellung der Klage und das Rechtsmittelgericht vor Zustellung der Rechtsmittelschrift jene Anordnungen treffe und deren Wirksamkeit von Zustellung der Klage oder der Rechtsmittelschrift abhängig mache [vgl. a. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 372 bei N. 4]. Gegen diese Ansicht spricht, daß das Gericht vor Erhebung der Klage und vor Einlegung des Rechtsmittels nicht „Prozeßgericht" für den betreffenden Rechtsstreit und daß eine solche bedingte Anordnung im Gesetze nicht vorgesehen ist. Im Hinblicke auf Abs. 2 ist auch kein praktisches Bedürfnis nach einer solchen Anordnung vorhanden.

Über die einzelnen Modalitäten der möglichen Anordnungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 647.

2. Zu Abs. 2: Das Vollstreckungsgericht (§ 684) kann in dringenden Fällen eine der in Abs. 1 bezeichneten Anordnungen erlassen, und zwar sowohl vor wie nach der Erhebung der Klage. Dem Vollstreckungsgerichte sind nicht bloß die den Antrag begründenden Thatsachen, sondern auch die Thatsachen, woraus sich die Dringlichkeit ergiebt, glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung kann nicht durch Sicherheitsleistung ersetzt werden. Erläßt das Vollstreckungsgericht eine der bezeichneten Anordnungen, so muß es eine Frist bestimmen, innerhalb deren der Schuldner die Entscheidung des Prozeßgerichts über die provisorische Anordnung beizubringen hat. Ist die Klage noch nicht erhoben, so liegt darin eine Nötigung zur Klagerhebung; denn ohne diese kann das Prozeßgericht nicht entscheiden. Mit Ablauf der Frist tritt die Anordnung des Vollstreckungsgerichts von selbst außer Kraft.

3. Abs. 3 bezieht sich auf Abs. 1 und 2. Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Sofortige Beschwerde gegen jeden Beschluß, arg. § 701.

4. Nach RG. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) §§ 105 Abs. 4, 107, 123 Abs. 3 finden die Vorschriften der CPrO. §§ 688, 689 auf den Fall der Anfechtung der Vorschuß- und Nachschußberechnung entsprechende Anwendung.

5. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 1 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 689.

Das Prozeßgericht kann in dem Urteile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, die in dem vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. In betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung finden die Vorschriften des § 656 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 410. KPr. S. 361, 565.

Digitized by Google

Litteratur s. die Angaben zu § 688.

1. Hatte das Prozeßgericht keine Anordnung der in § 688 bezeichneten Art vor dem Urteile erlassen, so kann es in dem über die Widerspruchsklage (bedingt oder unbedingt) entscheidenden Urteile auf Antrag oder von Amtswegen eine solche Anordnung erlassen, wenn es dies nach Lage der Sache für angemessen hält. Hatte dagegen das Prozeßgericht eine Anordnung vor dem Urteile erlassen, so muß es in dem Endurteile über die Hauptsache darüber entscheiden, ob sie aufzuheben, abzuändern oder zu bestätigen sei, denn die vorherige Anordnung war bloß provisorisch. Natürlich wird es seine Entscheidung im einen wie im anderen Falle in wesentlicher Übereinstimmung mit der Entscheidung in der Hauptsache treffen (Mot. S. 410). Die in dem Urteile erlassene Anordnung und die in dem Urteile getroffene Entscheidung über die vorherige Anordnung ist Bestandteil des Urteils und daher nicht mit Beschwerde, sondern nur mit Berufung anfechtbar.

2. Daraus, daß in betreff der Anfechtung die Vorschriften des § 656 entsprechende Anwendung finden, ergiebt sich, daß in der Berufungsinstanz über die im Urteile der ersten Instanz hinsichtlich der Zwangsvollstreckung erlassene Anordnung auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 656), daß die Bestimmung des § 486 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht anwendbar und daß die in der Berufungsinstanz erlassene Entscheidung (Urteil!) über jene Anordnung der ersten Instanz unanfechtbar ist; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 656.

3. Das Berufungsgericht kann vor Erlassung seines Urteils selbst wieder als Prozeßgericht eine provisorische Anordnung auf Grund des § 688 erlassen (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 688). Eine solche Anordnung ist, weil sie vom Prozeßgerichte nach § 688 Abs. 3 erlassen wird, durch sofortige Beschwerde anfechtbar (§ 701); § 656 Abs. 3 steht nicht im Wege. [Vgl. RG. 5. März 1894 Entsch. XXXIII Nr. 103 S. 386 Note 1. AM. Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 368 ff.] In dem Urteile, worin das Gericht über die Berufung entscheidet, muß es auch über seine eigene vorherige Entscheidung definitiv entscheiden und diese Entscheidung ist gemäß § 656 Abs. 3 nicht mehr anfechtbar.

§ 690.

Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§ 688, 689 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig.

Mot. S. 413, 414. KPr. S. 361, 565.

Litteratur: Briegleb Einleitung in die Theorie der summ. Prozesse S. 253 ff., Olshausen die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz (1874), Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 232 ff. Kühne eod. S. 497 ff., Westerburg eod. S. 870 ff., v. Glasenapp eod. XXIV S. 245 ff., Voß eod. XXV S. 349 ff., Frese die Exekutionsintervention (Leipzig 1880), Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 208, Bunsen Mecklenb. Ztschr. III S. 274 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 161 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 83 ff., J. Weismann Hauptintervention § 23, Bunsen Zwangsvollstreckung §§ 17 bis 19, Voß Jahrb. f.

Digitized by Google

Dogm. XXIII S. 43 ff., Kahn Arch. f. c. Pr. LXX S. 409 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm zur Analyse der Exscindierungsklage Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIII S. 298 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 109 ff., Staub jur. WSchr. 1888 S. 201 ff., 565 ff., 295 ff., 301 ff., 1889 S. 359 ff., Frantz Abhandlungen z. d. L. von der Exekutionsintervention (Mannheim 1889), Voß Arch. f. c. Pr. LXXVI S. 289 ff., Frommhold der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung (Breslau 1891), darüber R. B. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 401 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren, 3 Hefte (Berlin 1888/93), darüber R. B. Schmidt Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 161 ff., XIX S. 326 ff. — Vgl. a. Pflüger Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 352 ff.

1. Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen ist nur zulässig in das Vermögen des Schuldners. Eine Zwangsvollstreckung in Vermögensstücke einer anderen Person (eines Dritten, sc. im Verhältnisse zu Gläubiger und Schuldner) ist unzulässig und, wenn thatsächlich vollzogen, rechtswidrig. Die Unzulässigkeit einer solchen Zwangsvollstreckung wurde nach dem früheren gem. deutschen Prozeßrechte durch Exekutionsintervention geltend gemacht [vgl. Wetzell Syst. § 67 bei N. ff., Renaud Lehrb. § 168 bei N. 24, 25 S. 497 f., dazu v. Schrutka-Rechtenstamm 2. Heft S. 129 ff., Frommhold S. 108 ff.]. Der Code de proc. art. 608 gewährt zu diesem Zwecke die tierce opposition. Nach der deutschen CPrO. § 690, die sich an den hannov. Entw. 1. Lesung § 682, 2. Lesung § 687, den preuß. Entw. § 1030 Abs. 2 in Verbindung mit § 1018, den nordd. Entw. § 919, die Entwe. I § 605, II § 627, III § 639 anschließt, ist die Unzulässigkeit der in das Vermögen eines Dritten vollzogenen Zwangsvollstreckung von dem Dritten im Wege der Klage gegen den Gläubiger geltend zu machen (Widerspruchsklage, Exscindierungsklage). Diese Klage dient, wie jede Klage des Civilprozesses, zum Schutze des materiellen, hier des durch die Zwangsvollstreckung verletzten Privatrechts; sie ist nur insofern eine besondere Klage, als für sie besondere prozeßrechtliche Bestimmungen gelten, weil sie einen durch unzulässige Zwangsvollstreckung begangenen Eingriff in das Vermögen abwehrt. Daher ist sie keine bloß „prozeßrechtliche" Klage in dem Sinne, daß damit kein materielles Recht geltend gemacht würde. [Daß die Widerspruchsklage eine „prozeßrechtliche Klage" oder ein „Rechtsmittel" sei, behaupten Voß, Bunsen, v. Schrutka, denen sich Gaupp II S. 375 bei N. 5, 376 bei N. 8, 380 N. 28 anschließt. Dagegen insbesondere Wilm. Levy N. 1, Falkmann, Frantz, Frommhold, R. B. Schmidt a. a. O., RG. 10. März 1887 SA. XLII Nr. 187 S. 264.] — Über das Verhältnis der Widerspruchsklage zur Hauptintervention s. Bem. Nr. 7 zu §§ 61, 62.

2. Die Widerspruchsklage kann nach dem Texte des § 690 der Dritte erheben, wenn er behauptet, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe. Diese Ausdrucksweise paßt auf die zu einer Veräußerung führende Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, aber nicht auf die Fälle, wo die Vollstreckung durch Wegnahme und Übergabe an den Gläubiger sich vollzieht (§§ 716, 769—771). Daß die Widerspruchsklage des § 690 gegen eine solche Zwangsvollstreckung nicht prinzipiell ausgeschlossen sein soll, ergiebt sich aus der Einreihung des § 690 unter die allgemeinen Bestimmungen über Zwangsvollstreckung und wird durch die Mot. S. 413 bestätigt [so auch die Komm., sowie Frommhold S. 219 ff., v. Schrutka 3. Heft S. 41 ff.]; übrigens hat sie für diese Fälle nur geringe praktische Bedeutung, weil zwischen Beginn und Beendigung solcher Vollstreckung selten eine Zwischenzeit liegt (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2, 3). Ist die Widerspruchsklage auch bei einer Zwangsvollstreckung, die nicht Vollstreckung wegen einer Geldforderung ist, zulässig, so muß der § 690 Abs. 1 dahin verstanden werden, daß die Widerspruchsklage dem Dritten zusteht, der an dem Gegenstande

Digitized by Google

der Zwangsvollstreckung ein Recht hat, das die Zwangsvollstreckung als rechtswidrigen Eingriff in seine Vermögenssphäre erscheinen läßt. Als solche Rechte kommen in Betracht:

a) Das Eigentum und der mit der publizianischen Klage geschützte Besitz. Auch Miteigentum mit dem Schuldner oder einem Dritten [OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 291]. Die Begründung der Widerspruchsklage mit dem Eigentum ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß nach dem maßgebenden materiellen Rechte die Geltendmachung des Eigentums durch die Regel „Hand wahre Hand" beschränkt ist; denn das durch Pfändung entstehende Pfandrecht ist in § 709 nur den Gläubigern, nicht dem Eigentümer gegenüber dem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrecht gleichgestellt. [Vgl. Frommhold S. 203 ff., v. Schrutka 3. Heft S. 128 ff. u. Ztschr. f. Pr. u. d. R. XII S. 712 ff., preuß. OTr. 5. Dez. 1870 Entsch. LXV S. 103 in Bezug auf lüb. Recht, RG. 17. März 1885 Entsch. XIII Nr. 72 S. 399, OLG. Karlsruhe bad. Ann. L S. 1, OLG. Zweibrücken Ztschr. f. franz. R. XVI S. 435; diese drei Entscheidungen beziehen sich auf die Regel des Code civ. art. 2279: »En fait de meubles la possession vaut titre«; RG. 30. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 21 S. 103. AM. Kahn Arch. f. c. Pr. LXX S. 422 ff., OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 9.]

b) Dingliche Rechte, wie Servituten, Emphyteusis, Superficies, Lehensrecht, Pacht und Miete des preuß. ALR., soweit die Zwangsvollstreckung auf diese Rechte keine Rücksicht nimmt. Der Nießbrauchsberechtigte, der Emphyteuta, der Superficiar ꝛc. kann der Zwangsvollstreckung, die nur die proprietas der belasteten Sache ergreift, nicht entgegentreten; er kann dagegen der Vollstreckung widersprechen, die in einer mit seinem dinglichen Rechte unverträglichen Weise ins Werk gesetzt wird, also wenn ihm die Detention entzogen wird, auf die er ein Recht hat, oder wenn die belastete Sache als eine unbelastete versteigert werden soll. Aus § 710 Abs. 1 ergiebt sich, daß der Widerspruch gegen die Pfändung beweglicher Sachen nicht auf ein Pfand- oder Vorzugsrecht gestützt werden kann, wenn der Dritte sich nicht im Besitze der Sache befindet. Im übrigen ist die Frage, „ob ein Faustpfandrecht oder eine Hypothek der Zwangsvollstreckung entgegensteht, nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten. Nach dem gem. Rechte steht das Faustpfandrecht entgegen, das Hypothekenrecht nicht. Über Widerspruch des Hypothekengläubigers gegen die Pfändung von Früchten und Pertinenzen des verpfändeten Grundstücks s. Bem. Nr. 1 Abs. 4 zu § 708.

c) Der durch Interdikte geschützte Besitz. Wer ein Recht darauf hat, daß er in seinem Besitze nicht gestört werde, kann auf Grund dieses Rechts auch der ihn im Besitze störenden Zwangsvollstreckung widersprechen. Daß die Zwangsvollstreckung durch die Organe des Staates vollzogen wird, kann ebensowenig gegen das Widerspruchsrecht des Besitzers den Ausschlag geben, als die Worte des Gesetzes, in denen ein „Recht" des Dritten an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung verlangt wird; denn der Eingriff in den rechtlich geschützten Besitz ist deswegen, weil er von einem Beamten im Auftrage des Gläubigers erfolgt, nicht weniger rechtswidrig, als wenn er von dem Gläubiger unmittelbar erfolgte, und der Ausdruck „Recht" ist kein den Besitz ausschließender terminus technicus, da der rechtlich geschützte Besitz heutzutage ziemlich allgemein als ein Recht bezeichnet zu werden pflegt. [So auch Wilm. Levy (6) N. 2, Gaupp II S. 378 bei N. 20, Hellmann Lehrb. S. 834, Westerburg Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 885, Bunsen Zwangsvollstr. S. 87 ff., Krech u. Fischer preuß. Subh.Ordn. (3) S. 270, Frommhold S. 251 f., RG. 16. Juni 1885 Entsch. XIV Nr. 102 S. 365, OLG. Celle in Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 497, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 192, OLG. Stuttgart SA. XLV Nr. 152. AM. Struckm. Koch N. 2, Olshausen § 5 a. E. S. 51, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 265 ff., Kühne eod. S. 506 ff., v. Glasenapp eod. XXIV S. 252 ff. (dieser zunächst vom Standpunkte des preuß. Rechts), v. Schrutka

Digitized by Google

Ztschr. f. Pr. u. d. XIII S. 313, Falkmann Zwangsvollstr. S. 119, preuß. OTr. SA. XXXV Nr. 3; Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 216 ff. hält die Begründung der Widerspruchsklage mit dem Interdiktenschutze für unstatthaft, läßt aber eine condictio possessionis gegen den Gläubiger zu (eine ganz unklare Vorstellung!), dagegen Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 161 ff. Wieder anders Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 126 ff., der die Widerspruchsklage wegen Verletzung des Besitzes zuläßt, wenn eine nicht im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache gepfändet wird, nicht aber, wenn die Sache von dem Schuldner im fremden Namen besessen wird.] Übrigens kann der Dritte, wenn eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache ohne seine Bereitwilligkeit zur Herausgabe den Vorschriften der §§ 713, 772 zuwider gepfändet oder weggenommen wurde, Einwendung gegen diese gegen das Prozeßgesetz verstoßende Zwangsvollstreckung nach § 685 erheben. Diese Befugnis ist unabhängig, davon, ob er ein Widerspruchsrecht nach § 690 hat. Umgekehrt folgt aus den Vorschriften der §§ 713, 772 aber auch nicht, daß der Besitzer zur Widerspruchsklage stets berechtigt ist; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu § 685.

d) Die Anwartschaft auf ein Fideikommiß [RG. 10. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 119 S. 389].

e) Forderungsrechte und sonstige Vermögensrechte (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 754), wenn die Zwangsvollstreckung in ein derartiges Recht als ein dem Schuldner gehöriges Recht vollzogen wird, während das betreffende Recht nicht oder nicht mehr ganz zum Vermögen des Dritten gehört. Daher kann z. B. der Cessionar, dem die Forderung vor der Pfändung übertragen wurde, die Widerspruchsklage erheben. [So auch die Komm., ferner Wach Feststellungsanspruch S. 21, Frommhold S. 247 bei N. 4, v. Schrutka 3. Heft S. 57, 86, Falkmann Zwangsvollstr. S. 121, RG. 8. März 1881 Entsch. IV Nr. 32 S. 113 f., 17. Okt. 1834 XII Nr. 111 S. 380, 10. März 1881 SA. XLII Nr. 187, 29. März 1883 Entsch. XXXI Nr. 89 S. 382. Abw. Voß Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 369.] Ebenso kann der Dritte, der ein Recht an einem Rechte des Schuldners, z. B. ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch hat, gegen die in sein Recht eingreifende Zwangsvollstreckung Widerspruch erheben [vgl. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 156 ff.].

f) Forderungsrechte gegen den Schuldner auf Herausgabe eines nicht zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen Vermögensbestandteils. So kann der Deponent, Mandant, Kommodent, Verpfänder gegen die Vollstreckung in die dem Depositar, Mandatar, Kommodatar, Pfandnehmer behändigte Sache Widerspruchsklage erheben, ebenso der Kommittent gegen die Pfändung der Forderung aus dem vom Kommissionär abgeschlossenen Geschäfte, weil solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, nach Art. 368 Abs. 2 des HGB. im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Derartige Rechte begründen auch nach KO. § 35 ein Aussonderungsrecht im Konkurse. [So auch die meisten Komm. sowie Wach Feststellungsanspr. S. 22, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 407, Pflüger Arch. f. c. Pr. LXXXIII S. 360 ff., RG. 18. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 78 S. 366. AM. v. Glasenapp a. a. O. S. 290 ff., Francke a. a. O. S. 220, Bunsen Zwangsvollstr. S. 72, Nessel a. a. O. S. 109, Falkmann Zwangsvollstr. S. 120, Frommhold S. 247 ff.]

Dagegen begründen Forderungsrechte Dritter auf Überlieferung von Sachen oder Rechten, die noch zu dem Vermögen des Schuldners gehören, z. B. aus Kauf [vgl. RG. Entsch. XVIII S. 365 ff.], aus Miete oder Pacht [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 272. AM. OLG. Cassel SA. XXXVI Nr. 255 in Bezug auf Pacht], kein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung. Auch das Anfechtungsrecht nach dem RG. v. 21. Juli 1879 oder der KO. §§ 22—24 ist nicht geeignet, eine Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung zu

Digitized by Google

begründen; denn die Anfechtbarkeit erzeugt nur ein Forderungsrecht auf Rückgewähr und eine anfechtbare Vollstreckungshandlung enthält keinen Eingriff in das Vermögen eines Dritten. [Vgl. v. Schrutka 3. Heft S. 80 N. 1, L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XX S. 75 ff. AM. Struckm. Koch (6) N. 2 Abs. 4, Wilm. Levy N. 2 g. E., Gaupp II S. 379 bei N. 26, RG. 3. Nov. 1880 SA. XXXVI Nr. 169, 9. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 88 S. 393 ff., 29. Dez. 1892 XXX Nr. 121 S. 397, 1. Mai 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 180, 24. Jan. 1894 eod. S. 492, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. III S. 499 ff.] Aus Code civ. art. 1166 kann ein anderer Gläubiger des Schuldners kein Recht zum Widerspruche gegen die Vollstreckung herleiten [RG. 5. April 1887 Entsch. XVIII Nr. 87 S. 376].

g) Ein gesetzliches oder richterliches Veräußerungsverbot, das den Schutz des Interesses bestimmter Personen bezweckt, begründet die Widerspruchsklage dieser Personen, wenn die Zwangsvollstreckung auf Grund eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechts erfolgt. Vgl. Entw. I e. BGB. § 107, Entw. II Anm. zu § 100.

3. Die Widerspruchsklage ist gegen den Gläubiger zu erheben, der die Zwangsvollstreckung betreibt. Sie kann erst erhoben werden, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat. Über Beginn der Zwangsvollstreckung s. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 686. Zur Abwehr drohender Zwangsvollstreckung wäre die Klage zwar nicht undenkbar; aber die Verweisung zur ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt, läßt entnehmen, daß die Klage nicht vor der Zwangsvollstreckung erhoben werden kann.

Die Widerspruchsklage kann nur erhoben werden, solange die Zwangsvollstreckung noch nicht beendigt ist. Über Beendigung der Zwangsvollstreckung Bem. Nr. 3 litt. d zu § 686. Aber die vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erhobene Klage bleibt zulässig, auch wenn die Vollstreckung fortgesetzt und beendigt wurde. Der Kläger, der die Widerspruchsklage vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erhoben hat, kann nach Beendigung der Zwangsvollstreckung seinen Antrag dahin erweitern, daß er außer dem Ausspruch, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei, auch die Verurteilung des Beklagten zur Erstattung dessen verlangen kann, was dem Beklagten durch die unzulässige, aber inzwischen beendigte Zwangsvollstreckung zugekommen ist; denn diese Erstattung ist Konsequenz der Unzulässigkeit der Vollstreckung und die Zulässigkeit dieser Klagerweiterung ergiebt sich aus § 240 Nr. 2.

Welche Wirkung die beendigte Zwangsvollstreckung in ein dem Schuldner nicht gehöriges Vermögensstück auf das Recht des Dritten hat, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach dem gemeinen Rechte werden die Rechte des Dritten nicht aufgehoben; dieser kann, soweit nicht § 710 Abs. 2 der CPrO. im Wege steht, sein dingliches Recht an dem Gegenstande der Vollstreckung auch gegen den Erwerber geltend machen. Wegen des preuß. Rechts s. ALR. I 15 § 42 und Dernburg pr. PrR. I § 188. Ob dem durch die beendigte Zwangsvollstreckung in seinen Rechten beeinträchtigten Dritten ein Anspruch gegen den Gläubiger oder ein Anspruch gegen den Schuldner zusteht, ist ebenfalls aus dem materiellen Rechte zu beurteilen. Vgl. über diese Fragen: Koffka Mag. f. d. DR. VIII S. 161 ff., Neffel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 89, Eccius Förster pr. PrR. II § 148 N. 30a, L. Jakobi Ersatzpflicht d. Gläubigers aus unrechtmäßiger Mobiliar-Zwangsvollstreckung (Berl. 1888, in d. Festgaben f. Gneist), Frantz a. a. O. S. 39 ff., Falkmann Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 515, v. Schrutka 3. Heft S. 93 ff. M. Landsberger die Rechte Dritter ꝛc. (Gött. 1892), RG. Entsch. III S. 312, XIII S. 180, Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 1014. Auf den etwaigen Anspruch ist § 690 nicht anwendbar.

4. Die Widerspruchsklage ist nach den allgemeinen Regeln zu erheben. Sie kann

Digitized by Google

nach § 77 dem vom Gläubiger für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, aber auch dem Gläubiger selbst zugestellt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 163. Klagegrund ist das von dem Kläger behauptete Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung, das der Zwangsvollstreckung im Wege steht. Daraus folgt, das es eine Klageänderung ist, wenn im Laufe des Prozesses ein anderes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung als in der Klageschrift behauptet wird. Der Antrag ist dahin zu stellen, daß das Gericht die Zwangsvollstreckung als unzulässig erkläre. Entsprechend lautet das dem Klagantrage stattgebende Urteil auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. [Vgl. Oetker konkursr. Grundbegr. I S. 581.] Es ist nicht notwendig, die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der Vollstreckungshandlungen zu verlangen oder auszusprechen, weil sich schon aus §§ 691 Nr. 1 und 692 ergiebt, daß auf Grund eines die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärenden Urteils die Vollstreckung und die erfolgten Vollstreckungshandlungen einzustellen sind, sobald das Urteil rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Ebendeshalb kann von einer Vollstreckung eines solchen Urteils nach § 769—775 nicht die Rede sein. — Die Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nach § 293 nur auf den geltend gemachten Anspruch, d. i. auf das Recht, der Zwangsvollstreckung auf Grund des behaupteten Rechts zu widersprechen. Sowenig A, der auf Grund seines Eigentums die a negatoria gegen B erhoben und damit gesiegt hat, in einem späteren Prozesse mit B über das Eigentum die Rechtskraft dieses Urteils als res iudicata geltend machen kann (vgl. Bem. Nr. 3 litt. b zu § 293 S. 420), sowenig kann die Entscheidung über die Widerspruchsklage in einem späteren Prozesse derselben Parteien als res iudicata geltend gemacht werden, wenn nicht gemäß § 253 eine Entscheidung über das ihr zu Grunde liegende Rechtsverhältnis beantragt und gegeben worden ist. [Vgl. v. Schrutka 3. Heft S. 192 ff. AM. Frommhold S. 240 f.]

5. Der ausschließliche (§ 707) **Gerichtsstand** für die Widerspruchsklage ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. Werden gepfändete Sachen in einen anderen Gerichtsbezirk verbracht, so ist das Gericht dieses Bezirks zuständig. Für die Klage gegen die Pfändung einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechts (§ 754) ist das Gericht maßgebend, das den Pfändungsbeschluß erlassen hat [RG. 17. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 111 S. 379]. **Sachlich zuständig** ist je nach dem Werte des Streitgegenstandes das Amts- oder das Landgericht. Über die Berechnung des Werts des Streitgegenstandes s. Bem. Nr. 7 litt. a, b zu § 6. Die Prorogation von dem Amts- an das Landgericht und umgekehrt ist zulässig; vgl. Bem. zu § 707.

6. Die Widerspruchsklage kann nicht gegen den Schuldner erhoben werden. Ob der Dritte eine Klage gegen den Schuldner erheben kann, ist eine teils aus dem Civilrechte, teils aus dem § 231 der CPrO. zu beantwortende Frage. Hat der Dritte kraft des ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehenden Rechts einen Anspruch gegen den Schuldner auf Herausgabe, so kann er auf Verurteilung klagen; hat er ein rechtliches Interesse daran, daß sein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung dem Schuldner gegenüber alsbald festgestellt werde, was insbesondere dann zutreffen kann, wenn der Schuldner dieses Recht bestreitet, so kann er auf Feststellung klagen. Die eine wie die andere Klage kann er mit der Widerspruchsklage verbinden. Die Zulässigkeit dieser Klagenverbindung ergiebt sich aus § 690 Abs. 2. Aus derselben Gesetzesstelle folgt auch, daß das in § 690 Abs. 1 bezeichnete Gericht für die mit der Widerspruchsklage verbundene Klage gegen den Schuldner zuständig ist. Natürlich kann die Klage gegen den Schuldner auch gesondert erhoben werden; für die gesonderte Klage gilt die in § 690 Abs. 1 getroffene Bestimmung über den Gerichtsstand nicht; sie kann also bei dem nach Abs. 1 für die

Digitized by Google

Widerspruchsklage zuständigen Gerichte nur erhoben werden, wenn für die gesondert erhobene Klage bei demselben Gerichte ein Gerichtsstand nach den allgemeinen Regeln begründet ist. Wird die gesonderte Klage bei demselben Gerichte wie die Widerspruchsklage erhoben werden, so kann nach § 138 die Verbindung der Prozesse angeordnet werden.

Werden der Gläubiger und der Schuldner gemeinsam verklagt, so sind die Streitgenossen im Sinne des § 59, wenn sich nicht aus der Verteidigung die Möglichkeit einer divergierenden Entscheidung ergiebt. Diese Möglichkeit kann sich z. B. ergeben, wenn der Schuldner gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe ein Mietverhältnis geltend macht, kraft dessen er die Sache nicht herauszugeben braucht; denn in diesem Falle kann der Widerspruchsklage gegen den Gläubiger stattgegeben, die Klage gegen den Schuldner aber abgewiesen werden. Wird aber keine derartige Einwendung geltend gemacht, so kann nur einheitlich über die Widerspruchsklage und über die Klage gegen den Schuldner entschieden werden; denn wenn die eine Klage sachlich begründet ist, kann die andere nicht unbegründet sein, und umgekehrt; folglich ist in solchen Fällen eine Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 vorhanden. [AR. Gaupp II S. 382, v. Schrutka 3. Heft S. 165.]

7. Zu Abs. 3: [Vgl. Frommhold S. 267 ff., v. Schrutka 3. Heft S. 201 ff.] Die Erhebung der Widerspruchsklage bewirkt noch nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung. Aber das Gericht kann auf Antrag dieselben Anordnungen treffen, die in § 688 für die Fälle der § 686, 687 vorgesehen sind, und die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel auch ohne Sicherheit anordnen, weil gegen den Dritten die Zwangsvollstreckung überhaupt nicht gerichtet ist.

8. Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 1 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881 § 39 Nr. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 691.

Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

1) **wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß das zu vollstreckende Urteil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist;**
2) **wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist;**
3) **wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist;**
4) **wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergiebt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urteils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat;**
5) **wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergiebt, daß nach Erlassung des Urteils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe zur Auszahlung an den letzteren bei der Post eingezahlt ist.**

Mot. S. 414, 415. KPr. S. 366, 367, 565.

1. Die Beobachtung der Vorschriften der §§ 691, 692 kann auf dem in § 685 bezeichneten Wege erzwungen werden. — In den Fällen des § 691 Nr. 1—3 handelt es

Digitized by Google

sich um die Durchführung gerichtlicher Anordnungen; der Gerichtsvollzieher darf daher die Vollstreckung auch auf Verlangen des Gläubigers nicht fortsetzen. In den Fällen Nr. 4, 5 ist die Vollstreckung vorläufig einzustellen wegen der Wahrscheinlichkeit der Befriedigung oder Stundung; bestreitet der Gläubiger die Befriedigung ꝛc., so muß der Gerichtsvollzieher auf dessen Verlangen die Vollstreckung wieder aufnehmen; der Schuldner mag dann Klage nach § 686 erheben. — Wird eine vom Gerichtsvollzieher unternommene Vollstreckungshandlung gemäß §§ 691, 692 eingestellt oder rückgängig gemacht, so ist darüber ein Protokoll zu errichten (preuß. GA. f. GV. 59 Abs. 2). In allen Fällen hat der Gerichtsvollzieher seinen Auftraggeber von der Einstellung ꝛc. zu benachrichtigen (preuß. GA. f. GV. § 59 Abs. 5). — Andere Gründe zur Einstellung der Vollstreckung sind Anweisung des Gläubigers (preuß. GA. f. GV. § 60) und Eröffnung des Konkurses gegen den Schuldner (KO. § 11).

2. Zu Nr. 1: Verlangt ist nicht eine mit der Vollstreckungsklausel versehene (vollstreckbare) Ausfertigung der Entscheidung, sondern eine der Vollstreckungsklausel nicht bedürftige Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung. Vollstreckbar ist die Entscheidung, die rechtskräftig (§ 645) oder für vorläufig vollstreckbar erklärt (§§ 648, 649) oder kraft Gesetzes (§ 655 Abs. 1) schon vor Eintritt der Rechtskraft für die Vollstreckung wirksam ist. — Die Zwangsvollstreckung kann für unzulässig erklärt oder deren definitive (im Gegensatze zur einstweiligen) Einstellung angeordnet werden nach §§ 668 Abs. 1, 686, 687, 689, 690 Abs. 1. — Einstellung auf Grund Pfändung der Forderung für den Schuldner s. RG. 18. Juni 1894 Entsch. XXXIII Nr. 68 S. 290.

3. Zu Nr. 2: Die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel kann angeordnet werden nach §§ 535 Abs. 3, 647, 657, 668 Abs. 2, 685, 688, 690 Abs. 3. Die Vollstreckbarkeit dieser Entscheidungen ist nicht besonders verlangt; da sie der Beschwerde unterliegen, die keine aufschiebende Kraft hat, sind sie nämlich stets vollstreckbar (vgl. KPr. S. 366).

4. Zu Nr. 3 und 4: „Öffentliche Urkunde" s. Bem. Nr. 1 zu § 380.

5. Zu Nr. 4: Die Stundung auf bestimmte Zeit hemmt natürlich nur in dieser Zeit die Vollstreckung. Bei Stundung auf unbestimmte Zeit kann der Gläubiger jederzeit die Vollstreckung fortsetzen; es ist aber ein neuer Auftrag des Gläubigers an den GV. nötig (nordd. Prot. S. 1994). Vgl. auch preuß. GA. f. GV. § 60 und bad. Ann. XLIX S. 249, 300.

6. Zu Nr. 5: Ein Postschein über Aufgabe eines Geldbriefes oder einer Wertsendung genügt nicht (nordd. Prot. S. 1993 f). Vgl. a. preuß. GA. f. GV. § 59 Abs. 4 Nr. 4.

§ 692.

In den Fällen des § 691 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. In den Fällen der Nr. 4, 5 bleiben diese Maßregeln einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nr. 2, sofern nicht durch die betreffende Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlung angeordnet ist.

Mot. S. 414, 415. KPr. S. 366, 367, 565.

„Einstweilen bestehen" — sc. bis zur Zurücknahme des Vollstreckungsauftrags oder zur gerichtlichen Aufhebung nach § 691 Nr. 1 oder 2.

§ 693.

Eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlaß desselben fortgesetzt.

Digitized by Google

Ist bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nötig, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

Mot. S. 415, 416. KPr. S. 367, 565.

1. Zu Abs. 1: a) Die Motive bemerken: „Soweit bei dem Tode des Schuldners die Zwangsvollstreckung noch nicht zulässig geworden, also das zu vollstreckende Urteil weder für vorläufig vollstreckbar erklärt noch rechtskräftig geworden ist, kommen die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens (§§ 217, 223, 226) zur Anwendung. Im übrigen aber ändert der Tod die Sachlage nicht weiter, als daß die Richtung der Zwangsvollstreckung gegen den Erben durch Zustellung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung begründet werden muß. Hiervon ist aus praktischen Gründen die Ausnahme zu machen, daß die bereits begonnene Vollstreckung in den Nachlaß des inzwischen verstorbenen Schuldners fortgesetzt wird; es sind in diesem Falle entweder bereits bestimmte Gegenstände von der Vollstreckung ergriffen, oder der Nachlaß ist noch äußerlich als solcher erkennbar vorhanden."

b) Über den Akt, womit die Vollstreckung beginnt, s. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 686.

c) Die Zwangsvollstreckung wird in den Nachlaß, d. i. in das Vermögen des verstorbenen Schuldners, einerlei ob die Erbschaft angetreten ist oder nicht, fortgesetzt. Die Deliberationsfrist hemmt die Vollstreckung nicht. Die Vollstreckung ist nicht auf die Gegenstände beschränkt, in die sie begonnen hatte. Wegen Vollstreckung in das Vermögen des Erben s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 671.

2. Zu Abs. 2: Die Zuziehung des Schuldners ist geboten in den §§ 730 Abs. 2, 743 Abs. 2, 761, 771 Abs. 2. Auch die in §§ 712 Abs. 3, 727 Abs. 3 vorgeschriebene Benachrichtigung gehört hierher. — Wegen der Gebühren für Bestellung des Kurators s. GKG. § 47 Nr. 9, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

3. Nach EG. § 15 Nr. 3 sind landesgesetzliche Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren nicht berührt. Durch solche Vorschriften kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie die Aufhebung des nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Vollstreckungsverfahrens angeordnet werden. Vgl. preuß. Ges. v. 28. März 1879 betr. d. Zwangsvollstr. g. Benefizialerben § 1 Abs. 2, bay. AG. z. CPrO. Art. 150 ff.

§ 694.

Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen.

Mot. S. 415, 416. KPr. S. 367, 565.

1. Unter „ruhender Erbschaft" ist hier sowohl die hereditas iacens des gemeinen Rechts, d. i. der Nachlaß in der Zeit zwischen dem Anfalle (der Delation) und dem Erwerbe der Erbschaft, als auch der Nachlaß während der Deliberationsfrist zu verstehen, wenn Anfall und Erwerb zusammenfallen; so nach ALR. I 9 §§ 307 ff., Code civ. art. 724. [Vgl. Dernburg pr. PrR. III §§ 99, 216, Eccius Förster pr. PrR. IV § 269 N. 31, Falkmann Zwangsvollstr. S. 62, RG. 6. Febr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 766.]

2. „Das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht" — s. preuß. AG. z. GVG. §§ 23, 26 Nr. 1, württ. AG. z. CPrO. Art. 22, 23, hamb. AG. z. CPrO. § 3.

3. Zur Vollstreckung in den Nachlaß bedarf es einer Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den Kurator, weil dieser den Rechtsnachfolger vertritt. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 390. AM. Fitting Lehrb. (7) § 93 N. 15, Schultze in der zu § 665 cit. Schrift

Digitized by Google

S. 31. Gegen Schultze: Frank Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 506, Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 178.]

§ 695.

Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urteile vorbehalten ist.

§ 696.

Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurteilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurteilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden.

Inwieweit der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689.

Mot. S. 416, 417. KPr. S. 367, 565.

Litteratur: Mandry d. civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. S. 529 f., Dernburg pr. PrR. §§ 221 ff., Eccius Förster pr. PrR. I § 100, IV § 270, Falkmann Zwangsvollstr. S. 58 f., Warmuth Ztschr. f. d. CPr. IX S. 247 ff., Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 277 f., Boas eod. XXX S. 265 ff., Eisenlohr Bad. Ann. LVII S. 206 ff., 221 ff., 237 ff.

1. Ist der Erbe des Schuldners verklagt oder als Rechtsnachfolger in den Prozeß eingetreten, so hat er die Einwendung, daß sich seine Haftung auf den Bestand der Erbschaft beschränke, weil er ein den gesetzlichen Vorschriften (l. 22 C. de iure delib. 6, 30, preuß. ALR. I 9 §§ 420 ff.) entsprechendes Inventar errichtet habe oder errichten werde, in der mündlichen Verhandlung vorzubringen. Unterläßt er dies, so ist er mit dieser Verteidigung ausgeschlossen. Diese Präklusion greift über die Regel des § 686 Abs. 2 hinaus; nach § 686 Abs. 2 würde die Geltendmachung der Rechtswohlthat nicht ausgeschlossen sein, wenn das Inventar nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung errichtet wurde; durch § 695 ist der Erbe genötigt, sowohl die Inventarserrichtung, wie auch die Absicht, ein Inventar zu errichten, in dem Prozesse vorzubringen, um sich die aus der Inventarisierung erwachsende Einwendung für das Exekutionsstadium zu sichern. Bei der Klage auf das Vollstreckungsurteil (§§ 660, 868) muß der Vorbehalt spätestens in der Verhandlung über diese Klage verlangt werden. Der Vorbehalt kann in erster und in zweiter Instanz verlangt werden. Er kann doppelter Art sein; *entweder* es wird ausgesprochen, daß der Erbe die Voraussetzungen des beneficium inventarii erfüllt habe und daß sich daher seine Haftung auf die Kräfte der Erbschaft beschränke, *oder* es wird nur ausgesprochen, daß dem Schuldner die Erlangung des beneficium im Exekutionsstadium vorbehalten werde. Der Vorbehalt der zweiten Art *muß* ausgesprochen werden, wenn der Schuldner die Absicht der Inventarserrichtung ankündigte (vgl. Mot. S. 416); aber auch in den Fällen, in denen der Erbe behauptet, daß er die Voraussetzungen der Rechtswohlthat bereits erfüllt habe, *kann* ein derartiger allgemeiner Vorbehalt ausgesprochen und dadurch die an und für sich mögliche Entscheidung darüber, ob die Rechtswohlthat zustehe,

Digitized by Google

in das Exekutionsstadium geschoben werden. Ist der Vorbehalt unterblieben, so kann keine Ergänzung nach § 292 stattfinden, weil kein Anspruch, sondern eine Einwendung übergangen wurde; natürlich kann deswegen das Urteil mit den Rechtsmitteln angefochten werden. Über Geltendmachung der Rechtswohlthat des Inventars im Konkurse des Erben s. RG. Entsch. XXIV Nr. 12 S. 60 ff.

2. Gegen den als Benefizialerbe oder mit Vorbehalt der Inventarisierung verurteilten Schuldner kann der Gläubiger zunächst ohne jede Berücksichtigung der Rechtswohlthat die Zwangsvollstreckung betreiben, und zwar kann diese trotz dem Vorbehalte nicht bloß in die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände, sondern auch in das persönliche Vermögen des Erben erfolgen (Mot. S. 417; anders preuß. VO. v. 4. März 1834 § 2 und bay. PrO. Art. 833). Die Motive rechtfertigen dies damit, daß der Benefizialerbe das Veräußerungsrecht bezüglich der Nachlaßgegenstände habe und folglich die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurteilung durch Veräußerung des Nachlasses vereiteln könnte.

Der Erbe wird mit den Einwendungen, die er aus dem vorbehaltenen beneficium gegen die Zwangsvollstreckung erheben kann, auf den Weg der Klage nach § 686 gedrängt. In der Klage wird beantragt, daß die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung zur Zeit oder in den betroffenen Gegenstand oder in dem Umfange, wie sie unternommen wurde, ausgesprochen werde, insoweit sich aus dem materiellen Rechte [vgl. Windscheid Pand. III § 606, Arndts § 523, pr. ALR. I 9 §§ 413 ff., Code civ. art. 793 ff., Cod. Max. III 1 § 18] ergiebt, daß der Erbe auf Grund der Rechtswohlthat des Inventars die Aussetzung oder die Aufhebung oder die Beschränkung der Vollstreckung verlangen kann. Vgl. a. preuß. Ges. v. 28. März 1879 betr. die Zwangsvollstr. gegen Benefizialerben ꝛc. (§ 1 Abs. 2 dies. Ges. ist an Stelle von § 2 der VO. v. 4. März 1834 getreten), dazu RG. Entsch. X S. 188 ff., VIII S. 268 ff., 272 ff., Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1137.

3. Ist der Erblasser verurteilt, so ist zum Beginne der Vollstreckung gegen den Erben nach § 671 vgl. mit § 665 eine Umstellung der Vollstreckungsklausel nötig; der Erbe kann das benef. inv. noch im Exekutionsstadium geltend machen, ohne daß es vorbehalten ist. Die in Bem. Nr. 2 entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung.

4. Wo der Rechtssatz gilt, daß der Erbe nicht über die Kräfte der Erbschaft haftet (z. B. sächs. BGB. §§ 2328 ff.), ist § 695 gegenstandslos; aber § 696 behält seine Bedeutung und führt dazu, daß auch in diesen Rechtsgebieten die Zwangsvollstreckung ohne Berücksichtigung der vom Gesetze aufgestellten Schranke vollzogen werden kann, bis der Erbe Widerspruch im Wege der Klage erhebt. In diesen Rechtsgebieten steht der Erbe kraft Gesetzes dem als Benefizialerben Verurteilten gleich; er ist daher auch bei der Zwangsvollstreckung wie ein Benefizialerbe zu behandeln. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 391 bei N. 3, Dernburg pr. PrR. III § 221. AM. Struckm. Koch N. zu §§ 695, 696. Warmuth a. a. O. S. 251.]

5. Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 1 (in d. Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881), § 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 30 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 697.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie notwendig waren (§ 87), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind dem Schuldner zu erstatten, wenn das Urteil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Für den Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zwangsvollstreckung kann ein anderer Titel zur Zwangsvollstreckung (§ 98) als das in der Hauptsache vollstreckbare Urteil und selbst eine Festsetzung dieser Kosten (§ 99) nicht mehr gefordert werden, wenn die vollständige Befriedigung des Gläubigers überhaupt zu Ende geführt werden soll."

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind zunächst von dem GV. zu berechnen. Gegen die Berechnung können der Gläubiger und der Schuldner Einwendungen nach § 685 erheben, jener, wenn der GV. sich weigert, eine liquidierte Auslage in die Berechnung aufzunehmen, dieser, wenn der GV. Kosten, die nicht notwendig waren, in die Berechnung aufnahm oder zu hohe Ansätze berechnete. Solange der Vollstreckungstitel dem Schuldner nicht ausgehändigt ist, können übersehene Posten noch vom GV. berechnet und auf Grund des Titels beigetrieben werden. — Ist dem Gläubiger ein GV. im Armenrechte beigeordnet, so kann dieser seine Gebühren erst nach Deckung des Gläubigers auf den Erlös verrechnen. [Vgl. A. Förster Ztschr. f. GV. 1888 S. 172 f., 181 f., Pollack eod. 1890 S. 58 ff., 65 ff. AM. Voß eod. Nr. 3, 15, 16.] — Wem bei der Zwangsvollstreckung die Berechnung der Kosten zusteht, bemißt sich nach den Landesgesetzen; vgl. preuß. Subh.Ordn. § 84, bay. Subh.-Ordn. Art. 107.

Der Gläubiger kann übrigens auch die Feststellung der Vollstreckungskosten nach § 99 bei dem Prozeßgerichte beantragen, wobei er allerdings riskiert, daß ihm die Kosten des Festsetzungsverfahrens als nicht notwendig überbürdet werden. [Vgl. RG. 10. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1168, OLG. Dresden Sächs. Arch. I S. 617, OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 110 und SA. XLVIII Nr. 73 II, LG. Halle Ztschr. f. d. CPr. XII S. 249, OLG. Karlsruhe SA. XLVIII Nr. 73 I. AM. Bruchhausen eod. S. 251 f., LG. Leipzig Sächs. Arch. II S. 794.]

Zu den Vollstreckungskosten gehören die Gerichtsgebühren, die Auslagen und Gebühren des GV., bei Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen die des Versteigerungsbeamten, die Kosten für anwaltschaftliche Vertretung des Gläubigers (§ 87 Abs. 2, GO. f. RA. § 23 Nr. 1), die dem Gläubiger für notwendige Reisen ꝛc. erwachsenen Auslagen, die Kosten für Erwirkung der Herausgabe einer Sicherheit [RG. 8. Nov. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 501] ꝛc. Die Inkassogebühren des Rechtsanwalts sind keine notwendigen Kosten [vgl. RG. 14. Nov. 1888 Entsch. XXII Nr. 84 S. 324].

2. Zu Abs. 2: Die Erstattung von Vollstreckungskosten kann beansprucht werden, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil infolge Einspruchs oder eines Rechtsmittels oder ein rechtskräftiges Urteil infolge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder einer Wiederaufnahmeklage aufgehoben wird; nicht aber, wenn bloß die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils aufgehoben wird (Mot. S. 417). Der Anspruch auf Erstattung kann in derselben Weise wie der Anspruch auf Erstattung der Hauptsache geltend gemacht werden, also auch nach § 655, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Der Anspruch kann nur gegen den Gläubiger, nicht gegen den GV. oder Bevollmächtigten, geltend gemacht werden.

§ 698.

Wird zum Zwecke der Vollstreckung das Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat das Gericht die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

1. In den Entwürfen hieß es „das ungesäumte Einschreiten" und „hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers". Die gesperrt gedruckten Worte wurden in der JK. d. RT. gestrichen, woraus sich ergiebt, daß das Gericht nicht bloß in dringlichen Fällen,

Digitized by Google

sondern allgemein die Behörde zu ersuchen hat und daß auch der Gerichtsvollzieher das Gericht zu dem Ersuchen veranlassen kann. Anträge des Gerichtsvollziehers, nicht etwa die Offizialthätigkeit des Gerichts, sollen zulässig sein.

2. Das Einschreiten einer Behörde kann erforderlich werden zur Bewirkung von Eintragungen in Grund- und Hypothekenbüchern, soweit nicht die Eintragung durch die Partei direkt erwirkt werden kann (KPr. S. 412); ferner zur Vollstreckung nach §§ 678 Abs. 2, 699, 700, 793 oder nach den in § 757 und EG. § 15 Nr. 4 vorbehaltenen Landesgesetzen. Das Ersuchen ist Sache des Vollstreckungsgerichts, im Falle des § 700 aber des Prozeßgerichts.

§ 699.

Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen, so hat auf Antrag des Gläubigers das Vollstreckungsgericht die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Die gepfändeten Gegenstände sind einem von dem Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zu übergeben.

Mot. S. 417, 418. KPr. S. 367, 383, 384, 565, 682, 683.

1. „Dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Person des Soldatenstandes" — s. Bem. Nr. 1 und 2 zu § 343. Militärbeamte gehören nicht zu Personen des Soldatenstandes.

2. „Die zuständige Militärbehörde" — s. Bem. Nr. 3 zu § 343.

3. Mit dem Ersuchen ist der vollstreckbare Titel der Militärbehörde zu übersenden.

4. Das Pfandrecht (§ 709) entsteht mit der Pfändung durch die von der Militärbehörde beauftragte Person, nicht erst mit der Übergabe der Pfandgegenstände an den GV. (KPr. S. 384, vgl. preuß. GA. f. GV. § 86 Abs. 1).

5. Die Mitwirkung des Gerichts ist gebührenfrei (GKG. § 47 Nr. 13).

§ 700.

Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urteile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

Mot. S. 417. KPr. S. 367, 565.

1. Zu Abs. 1: Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Fälle, in denen ausländische Behörden kraft Gesetzes oder Staatsvertrags inländische Urteile im Wege der Rechtshülfe vollstrecken. Zur Zeit bestehen derartige Verträge des Reichs nicht. Können ausländische Vollstreckungsbeamten von den Parteien direkt um Vollzug inländischer Urteile angegangen werden, so ist § 700 ebensowenig anwendbar, wie in dem Falle, daß zur Vollstreckung des inländischen Urteils erst eine von der Partei zu erwirkende ausländische Entscheidung nötig ist. — Über den Verkehr mit ausländischen Behörden s. Bem. Nr. 2 Ad 1 zu § 182.

2. Zu Abs. 2: Vgl. RG. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juni 1879. Die Vorschrift findet entsprechende Anwendung auf die Zwangsvollstreckung, die in den deutschen Schutzgebieten durch die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten erfolgen

Digitized by Google

kann. Vgl. Dienstanweisung betr. die Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten von Kamerun und Togo (CBl. f. d. DR. 1888 S. 404) § 7 Nr. 13 [Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 215].

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 Abs. 2 (in der Fassung des RG. v. 20. Juni 1881).

§ 701.

Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 418. KPr. S. 367, 565.

1. Zu den durch sofortige Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen gehören alle vom Vollstreckungsgerichte (§ 684, vgl. mit Bem. Nr. 2 dazu), sowie die von anderen Gerichten gemäß §§ 668, 685, 688, 690 Abs. 3, 696 Abs. 3, 743, 773—776 in Bezug auf die Zwangsvollstreckung erlassenen Beschlüsse. Verfügungen des Gerichtsschreibers (§§ 662—666, 669), wodurch Gesuche um vollstr. Ausfertigungen abgewiesen werden, kommen hier insofern in Betracht, als das an das Gericht zu stellende Gesuch um Änderung der Verfügung den Vorschriften des § 540 Abs. 4 unterliegt; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 540, Bem. Nr. 3 zu § 662 und Bem. Nr. 1 zu § 666.

Befristet ist auch die weitere Beschwerde [RG. Entsch. XV Nr. 127 S. 431; vgl. a. XVI S. 318).

Unanfechtbare Beschlüsse im Vollstr.Verf. s. §§ 647 Abs. 2, 657.

Beweisanordnungen, die im Zwangsv.Verf. erlassen werden, sind sowenig wie Beweisbeschlüsse selbständig anfechtbar [RG. 7. Febr. 1893 SA. XLVIII Nr. 292].

2. Die Beschwerde steht sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner, aber auch einem Dritten zu, der bei dem Verfahren beteiligt ist. Daher kann z. B. der Dritte, der nach § 685 Einwendungen gegen Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers vorbrachte (vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu § 685), sich gegen die Entscheidung des Gerichts beschweren; der Drittschuldner kann Beschwerde gegen den Pfändungsbeschluß (§ 730) wegen inkorrekten Verfahrens des Gerichts einlegen [RG. 2. Mai 1885 SA. XLI S. 158]; der Gerichtsvollzieher kann Beschwerde gegen eine Entscheidung einlegen, die seine Vermögensinteressen berührt, z. B. gegen die Entscheidung, daß er einen ausbezahlten Versteigerungserlös aus eigenen Mitteln hinterlege [RG. 1. Juli 1890 SA. XLVI Nr. 238, OLG. Marienwerder SA. L Nr. 63], nicht gegen eine Anweisung zur Ausführung eines Auftrags [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 344].

3. Ein zurückgewiesener Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann nach Ablauf der Beschwerdefrist und nach Zurückweisung der Beschwerde noch erneuert werden (Mot. S. 418).

§ 702.

Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

1) **aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in betreff eines Teils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gerichte abgeschlossen sind;**
2) **aus Vergleichen, welche im Falle des § 471 vor dem Amtsgerichte abgeschlossen sind;**
3) **aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;**

Digitized by Google

4) aus Vollstreckungsbefehlen;

5) aus Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Mot. S. 387, 418, 419. KPr. S. 367, 368, 565.

1. Die in § 702 angeführten Vollstreckungstitel sind, wie die Urteile eines ordentlichen inländischen Gerichts, reichsgesetzliche Vollstreckungstitel; sie berechtigen zur Zwangsvollstreckung im ganzen Reiche, wogegen die in § 706 zugelassenen landesgesetzlichen Vollstreckungstitel nur zur Zwangsvollstreckung innerhalb des betreffenden Bundesstaates berechtigen.

2. Zu Nr. 1: Der Begriff des Vergleichs ist aus dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen. Weder das reine Anerkenntnis eines Anspruchs noch der reine Verzicht ist ein Vergleich. — Daß in einen Vergleich über einen rechtshängigen Anspruch andere außerhalb des anhängigen Prozesses liegende Rechtsverhältnisse hineingezogen wurden, tut der Vollstreckbarkeit des Vergleichs nicht Eintrag (nordd. Prot. IV S. 2011, 2012). — Nur der vor einem deutschen Gerichte geschlossene Vergleich ist ein Vollstreckungstitel. Einerlei ist, ob der Vergleich vor dem Prozeßgerichte oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen ist [Mot. S. 418, RG. 13. Nov. 1884 SA. XL Nr. 265]. Ein vor einem besonderen Gerichte geschlossener Vergleich fällt nicht unter § 702. Der Ausdruck „deutsches Gericht" hat in Nr. 1 keinen anderen Sinn als in Nr. 5 des § 702; aus § 705 Abs. 1 und 3 ist zu entnehmen, daß „deutsches Gericht" in Nr. 5 des § 702 nur die ordentlichen Gerichte bezeichnet. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 399 bei N. 5, Falkmann Zwangsvollstr. S. 17. AM. Struckm. Koch N. 1 zu § 702, A. Förster N. 1e, Hellmann Lehrb. S. 814, Dernburg pr. PrR. I § 82 N. 9, Eccius Förster pr. PrR. I Anh. z. § 55, 56 N. 9. Die von den Gegnern cit. Äußerung eines Reg.-Kommissars i. d. Z. d. RT., KPr. S. 367, faßt den Gegensatz zwischen den ord. u. den bes. Gerichten gar nicht ins Auge.] — Vergleiche, die vor dem Konsul oder dem Konsulargerichte oder in den deutschen Schutzgebieten vor dem zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten oder Gerichte geschlossen sind, fallen unter § 702 Nr. 1; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 660. Die vor besonderen Gerichten und vor Verwaltungsbehörden geschlossenen Vergleiche können als landesgesetzliche Vollstreckungstitel zugelassen werden (§ 706). Vor Schiedsgerichten geschlossene Vergleiche sind keine Vollstreckungstitel.

3. Zu Nr. 3: Die Fassung ist nicht korrekt. Gemeint sind außer den mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen auch die Entscheidungen der Beschwerdegerichte gegen die, wenn sie in erster Instanz erlassen wären, und Reichsgerichtsentscheidungen gegen die, wenn eine höhere Instanz da wäre, die Beschwerde stattfinden würde. Die Übersicht der Entscheidungen, wogegen die Beschwerde zulässig ist, s. Bem. Nr. 1, 2 zu § 530. Natürlich kommen von den dort zusammengestellten Entscheidungen nur diejenigen, welche einen vollstreckbaren Inhalt haben (§§ 99, 126, 345, 355), als Vollstreckungstitel in Betracht. — Nach RG. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 60 Abs. 2 findet § 702 Nr. 3 der CPrO. auf die Beschlüsse des Gerichts, wodurch Vergütung und Auslagen für den gerichtlich ernannten Revisor festgesetzt werden, entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

4. Zu Nr. 4: „Vollstreckungsbefehle" — §§ 639, 704.

5. Zu Nr. 5: Über die Geschichte der sog. exekutorischen Urkunden s. Briegleb Geschichte des Exekutivprozesses, Renaud Lehrb. § 219 (S. 702 ff.), Kohler über exekutorische Urkunden (Festschr. für Planck, 1887), stückweise auch im Arch. f. c. Pr. LXXII S. 1 ff. und in Ztschr. f. RG. N. F. VIII Germ. Abt. S. 120 ff.

Wegen des Begriffs „deutsches Gericht" vgl. Bem. Nr. 1. „Notar" — wer Notar ist, ist aus dem Landesrechte zu beurteilen. „Amtsbefugnisse", „Form" — die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts und des Notars, sowie die Form bestimmt das Landesgesetz. Über die Vollstreckbarkeit von Protokollen bayerischer Vormundschaftsgerichte über Alimentationsansprüche s. Bl. f. RA. LVIII S. 385, LIX S. 241. „Aufgenommen" — es macht, abgesehen von der stets in die Haupturkunde gehörigen Vollstreckungsklausel, keinen Unterschied, ob der materielle Inhalt der Urkunde sich in einer als Teil des Hauptakts behandelten Anlage oder in jenem selbst befindet, ob die Urkunde unmittelbar von dem Richter oder Notare aufgenommen ist oder die Partei sich nur zu dem Inhalte eines überreichten Schriftstücks bekannt hat, während bloß unterschriftlich rekognoszierte Urkunden ausgeschlossen sind (norddb. Prot. V S. 2263, 2264). „Anspruch — welcher — zum Gegenstande hat" — vgl. § 555 Bem. Nr. 1. Ansprüche auf Leistung „Zug um Zug" dürften sich aus den in Bem. Nr. 1 litt. d zu § 555 dargelegten Gründen nicht zu exekutorischen Urkunden eignen [vgl. Dernburg pr. PrR. I § 103 N. 25]. Über befristete Ansprüche, auch solche, deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängt, sowie über bedingte Ansprüche können vollstreckbare Urkunden errichtet werden (Mot. S. 419), dann ist § 664 anwendbar; dagegen nicht über zukünftige Ansprüche, man kann sich weder der sofortigen noch der zukünftigen Zwangsvollstreckung zu Gunsten einer zukünftigen Forderung unterwerfen. [Vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 453 f., Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 142.] „Und der Schuldner — sich unterworfen hat." Ausdrückliche Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung ist die Voraussetzung der Vollstreckbarkeit. — Über die Bedeutung eines Schiedsvertrags gegenüber einer vollstreckb. Urkunde, vgl. RG. Entsch. XI Nr. 65 S. 285 ff. Von Urkunden, die vor dem Inkrafttreten der CPrO. aufgenommen sind, handelt das EG. § 22. Entsprechen solche Urkunden den Erfordernissen des § 702 Nr. 5, so sind sie Vollstreckungstitel im ganzen Reiche. — Der Gläubiger, der eine vollstreckbare Urkunde hat, kann den Anspruch auch im ordentlichen Verfahren im Urkundenprozesse oder im Mahnverfahren verfolgen [RG. 1. Febr. 1893 SA. XLVIII Nr. 300].

6. Reichsgesetzliche Vollstreckungstitel sind ferner: a) die Arrestbefehle und einstweiligen Verfügungen: §§ 808, 809, 815; b) die Feststellungen und die Zwangsvergleiche im Konkurse: KO. §§ 152, 179, 192; c) die Entscheidungen der Strafgerichte über den Verfall einer Sicherheit: StrPrO. § 122 Abs. 3, über Vermögensstrafe, Buße, Kosten: StrPrO. §§ 483 Abs. 1, 495, 496, vgl. Bem. Nr. 5 vor § 644; d) die Urteile der Ehrengerichte der Anwaltskammern auf Geldstrafen und Kosten: RAO. §§ 94, 97; e) die nach dem Genossensch.Gesetze v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) ergangenen Festsetzungsbeschlüsse (§ 60 Abs. 2), Vorschuß-, Zusatz- und Nachschußberechnungen (§§ 99, 102 Abs. 2, 106, 107, 108, 123); über das Verfahren bei der Vollstreckbarkeitserklärung dieser Berechnungen s. d. cit. Gesetz §§ 99 ff.; über deren Anfechtung s. § 104; f) die rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurteile der Gewerbegerichte und die vor den Gewerbegerichten geschlossenen Vergleiche nach RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 59, vgl. die Bem. Nr. 5 vor § 644.

Digitized by Google

§ 703.

Auf die Zwangsvollstreckung aus den in dem vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln finden die Bestimmungen der §§ 662—701 entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 704, 705 abweichende Vorschriften enthalten sind.

Mot. S. 419. KPr. S. 368, 565.

1. Über Anwendung des § 662 auf die Vollstreckungstitel des § 702 s. Bem. Nr. 2 zu § 662. — Die Anwendung des § 664 auf vollstreckbare Urkunden (§ 702 Nr. 5) ergiebt: Ist in der Urk. bestimmt, daß bei Nichtzahlung des Zinses das Kapital oder bei Nichtzahlung einer Kapitalsrate alle Raten ohne Kündigung fällig werden, so kann der Gläubiger die Vollstreckungsklausel bezüglich des ganzen Kapitals verlangen, ohne den Rückstand des Zinses oder der Rate nachzuweisen; denn die pünktliche Zins- oder Ratenzahlung ist die Bedingung, unter der das Kapital oder die weiteren Raten gestundet sind, und der Eintritt dieser Bedingung muß vom Schuldner, nötigenfalls durch Widerspruchsklage (§ 686), geltend gemacht werden. Ist in der Urkunde bestimmt, daß unter den oben bezeichneten Umständen die Kündigung gestattet sei, so muß diese durch öff. Urk. vom Gläubiger nachgewiesen werden. [Vgl. Dernburg pr. PrR. I § 128 N. 8, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 184 ff. AM. Gelpcke Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 290 ff., KG. Berlin eod. XV S. 522.] — Die Anwendung des § 665 auf die allgemeinen Rechtsnachfolger des Gläubigers oder Schuldners der Vollstreckungstitel des § 702 unterliegt keinem Bedenken. Zweifelhaft ist, ob eine entsprechende Anwendung des § 665 auf den Sonderrechtsnachfolger des Schuldners möglich ist. Von praktischer Bedeutung ist die Frage insbesondere für hypothekarische Ansprüche, worüber eine exekutorische Urkunde (§ 702 Nr. 5) errichtet ist. Gegen die Möglichkeit, die Vollstreckungsklausel gegen den Erwerber des verpfändeten Grundstücks zu erlangen, scheint zu sprechen, daß kein Rechtsstreit und folglich keine „im Streite befangene Sache" vorliegt. Auch bemerken die Mot. S. 419, bei solchen Titeln, die nicht in einer Entscheidung des Gerichts beständen, sei für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen den Singularsuccessor kein Raum. Erwägt man jedoch, daß der § 665 auch bei einer Sonderrechtsnachfolge, die nach der Rechtskraft des Urteils liegt, die Erteilung der Vollstr.Klausel gegen den Nachfolger vorsieht, obgleich von einer im Streite befangenen Sache nicht mehr die Rede sein kann, ferner, daß die exekutorische Urkunde entsprechend ihrer Entwickelungsgeschichte im Punkte der Exekutionsfähigkeit dem Urteile gleichgestellt ist, so ist wohl anzunehmen, daß die Veräußerung der durch eine vollstreckbare Urkunde betroffenen Sache der Veräußerung einer durch Urteil betroffenen Sache gleichsteht und daß daher die Vollstr.Klausel gegen den Erwerber — vorausgesetzt, daß der Erwerb *nach* der Herstellung der vollstreckbaren Urkunde liegt — erteilt werden kann. [So auch Gaupp II S. 403 bei N. 1, Kurlbaum die preuß. Subhastationsordnung v. 15. März 1869 (Stuttg. 1879), Krech und Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordnung (3) S. 61, Eccius Förster pr. PrR. III S. 498 N. 58, A. Förster N. 3 zu § 665, Falkmann Zwangsvollstr. S. 39, LG. Leipzig Sächs. Arch. II S. 385, LG. Freiberg eod. IV S. 224. AM. Struckm. Koch N. 1, Petersen (2) S. 679, Schulze in der zu § 665 cit. Schrift S. 110 ff. Wilm. Levy N. 5 zu § 665 wollen die Erteilung der Vollstr.Klausel gegen den Erwerber von der Eintragung der Klausel in das Grundbuch abhängig machen.] In Bayern ist durch AG. z. CPrO. Art. 128 ausdrücklich bestimmt, daß aus den Hypothekenurkunden, denen nach Art. 127, 137 des cit. Ges. die Eigenschaft von Vollstreckungstiteln zukommt, die Zwangsvollstreckung auch gegen den dritten Besitzer der Sache stattfinde. Über Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den dritten Besitzer enthalten die Art. 130, 134

Digitized by Google

des cit. Ges. Vorschriften. Anwendung auf Ewiggeldbriefe s. Art. 138. — Die Anwendung des § 686 auf Vergleiche (§ 702 Nr. 1, 2) ergiebt: die in § 686 Abs. 1 bezeichneten Klagen sind bei dem Gerichte, wo der durch den Vergleich erledigte Prozeß in erster Instanz anhängig war, und im Falle des § 702 Nr. 2 bei dem Amtsgerichte anzubringen, vor dem der Vergleich in noch nicht rechtshängiger Sache geschlossen wurde. Die Klage aus § 686 ist nur wegen solcher Einwendungen zulässig, deren Gründe erst nach dem Vergleichsschlusse entstanden sind. [Vgl. Wilm. Levy N. 6 zu § 686, Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 399. AM. Gaupp II S. 403 bei N. 3, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXVII S. 19, RG. 6. März 1888 Entsch. XXI Nr. 66 S. 349.] Eine andere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Vergleich anfechtbar ist; diese Frage ist aus dem materiellen Rechte zu beantworten. Die Anfechtung des Vergleichs steht nicht unter den Regeln des § 686.

2. Für die Vollstreckungstitel der KO. (s. Bem. Nr. 6 litt. b zu § 702) giebt die KO. § 152 Abs. 3 vgl. m. §§ 179, 192 besondere Vorschriften.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15, 38 Nr. 2 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 24, 25.

§ 704.

Vollstreckungsbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder die bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Amtsgericht zuständig, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so sind die Klagen bei dem zuständigen Landgerichte zu erheben.

Mot. S. 419, 420. KPr. S. 368, 504, 560.

1. Zu Abs. 1: Da die Vollstreckungsbefehle (§ 639) schon die Vollstreckungsklausel enthalten, bedürfen sie einer neuen Vollstreckungsklausel nur, um für den Rechtsnachfolger des Gläubigers oder gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners vollstreckt zu werden. Die Rechtsnachfolge muß nach Erlassung des Vollstreckungsbefehls eingetreten sein, vgl. Bem. Nr. 3 litt. b, c und Nr. 4 zu § 639. Gegen den Singularsuccessor des Schuldners kann zu dem Vollstreckungsbefehle die Vollstreckungsklausel erteilt werden, wenn der Vollstreckungsbefehl einen hypothekarischen Anspruch betrifft (s. Bem. Nr. 1 zu § 628) und die verpfändete Sache auf einen Dritten übergegangen ist, vorausgesetzt, daß nach dem maßgebenden Hypothekenrechte ein Anspruch auf Zahlung gegen den Drittbesitzer besteht; darüber vgl. Bem. Nr. 1 litt. c zu § 555. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 38 Nr. 2 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881) und GO. f. RA. §§ 24, 35.

2. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Maßgebend für die Zulassung materieller Einwendungen ist die Zustellung des Vollstreckungsbefehls. Vorher entstandene Einwendungen kann der Schuldner sich mittels Einspruchs (§ 640) salvieren. Was aber die nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstandenen Einwendungen angeht, so ist es billig, sie allgemein zuzulassen, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Einspruch hätten

Digitized by Google

geltend gemacht werden können oder nicht. Der Schuldner, welcher nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls zahlt, würde sonst genötigt sein, Einspruch zu erheben, um sich gegen eine etwaige spätere Exekution zu sichern."

Wegen der Gebühren s. GKG. § 26 Nr. 8; GO. f. RA. § 20.

3. Zu Abs. 3: „Klagen" — §§ 667, 686, 687. — „Bei dem zuständigen Landgerichte" d. i. bei dem dem Amtsgerichte vorgesetzten Landgerichte. [AM. nur Fitting Lehrb. (7) S. 687 N. 18.]

§ 705.

Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erteilt, welcher die Urkunde aufgenommen hat.

Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar erteilt, welcher die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

Die Entscheidung über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absatze bezeichneten Gerichte, bei notariellen Urkunden von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der im zweiten Absatze bezeichnete Notar oder die daselbst bezeichnete Behörde den Amtssitz hat.

Auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, findet die beschränkende Vorschrift des § 686 Abs. 2 keine Anwendung.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder der bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Urkunde abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 420. KPr. S. 368, 565.

Litteratur: David Ztschr. f. d. CPr. XX S. 415 ff.

1. Der ganze § 705 bezieht sich nur auf die vollstreckbaren Urkunden des § 702 Nr. 5 [vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 406 bei N. 2, Petersen (2) S. 980, Krech u. Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordn. (3) S. 63 f., Schultze in der zu § 665 cit. Schrift S. 137 ff.], nicht auf Vergleiche [wie Struckm. Koch N. 1, Hellmann Lehrb. S. 817 f., Kohler Arch. f. c. Pr. LXXII S. 18 ff., RG. 6. März 1888 Entsch. XXI Nr. 66 S. 345 ff. annehmen.] Die Gründe s. bei Schultze S. 137 ff.

2. Zu Abs. 1: Hierbei findet § 666 Anwendung. Gegen Verweigerung findet Beschwerde statt. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 15, GO. f. RA. §§ 24, 35.

3. Zu Abs. 2: Die Motive bemerken: „Die Befugnis der Notare zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung ist der Einfachheit wegen auch in den Fällen der §§ 664, 665 nicht beschränkt. Inwieweit die Befugnis des die Urkunde aufnehmenden und verwahrenden Notars nach dessen Abgang auf einen anderen Notar oder eine andere Behörde übergeht, hängt von der Verfassung des Notariats und den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verwahrung der Notariatsurkunden ab."

Digitized by Google

Für den Fall der Verweigerung enthält die CPrO. keine Bestimmung. Die Ansicht, daß nach Analogie des § 701 sofortige Beschwerde an das in § 705 Abs. 2 bezeichnete Gericht stattfinde [David a. a. O. S. 430] scheitert daran, daß diesem Gerichte die Eigenschaft einer höheren Instanz reichsgesetzlich nicht beigelegt ist. Es sind daher die Landesgesetze maßgebend. Vgl. bay. Not.Ges. v. 1861 Art. 91, Code de proc. art. 839 ss. Wo nichts anderes bestimmt ist, kann bei der Aufsichtsbehörde um Abhülfe nachgesucht werden. Auch kann der Gläubiger auf vollstreckbare Ausfertigung gegen den Schuldner klagen (§ 668).

4. Zu Abs. 3: Vgl. die §§ 668, 669 nebst den Bemerkungen.

5. Zu Abs. 4: Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, wozu auch Einwendungen gegen die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts gehören, sind ohne prozessualische Beschränkung zulässig. Welche Einwendungen zulässig sind, ist nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. — Auch diese Einwendungen sind auf den Weg der Klage (§ 686) verwiesen, wenn die Vollstreckung aus der exekutorischen Urkunde begonnen hat. Für die Klage gilt § 686 Abs. 3. Die Geltendmachung solcher Einwendungen im Wege der Klage hemmt noch nicht die Vollstreckbarkeit der Urkunde; doch findet gemäß § 703 der § 688 entsprechende Anwendung. Das Gericht kann die nach § 688 zulässigen Anordnungen auch bei Einwendungen, die vor Errichtung der Urkunde entstanden sind, erlassen (Mot. S. 420; vgl. a. nordd. Prot. V S. 2276, 2277). — Über die Bedeutung der in einem Vertrage enthaltenen Schiedsklausel gegenüber einer selbständigen, wenn auch mit dem Vertrage in Zusammenhang stehenden, vollstreckbaren Urkunde vgl. RG. 24. Jan. 1883 Entsch. XI Nr. 65 S. 285 ff.

6. Zu Abs. 5: Die in § 705 Abs. 5 enthaltenen Zuständigkeitsbestimmungen betreffen die örtliche Zuständigkeit für die Klagen nach §§ 667, 686, 687. Bei Klage gegen mehrere Schuldner greift die Vorschrift des § 36 Nr. 3 ein. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach GVG. §§ 23, 70. Vgl. Bem. zu § 707.

§ 706.

Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als der in den §§ 644, 702 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine u. s. w.) Anwendung.

Mot. S. 420, 421. KPr. S. 368, 568.

Die landesgesetzlichen Vollstreckungstitel berechtigen nur zur Zwangsvollstreckung in dem betreffenden Bundesstaate. Übersicht solcher Titel:

Preußen: Kab.O. v. 4. Jan. 1811 [vgl. Beitr. z. E. v. DR. XXVIII S. 347]; AG. z. CPrO. §§ 10, 12, 29 (dazu pr. EG. z. HGB. Art. 57 Nr. 7); Ges. v. 8. März 1879 betr. die Rheinschiffahrtsgerichte § 12; Ges. v. 9. März 1879 betr. die Elbzollgerichte § 9; Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbew. Vermögen § 129; vgl. a. Ges. v. 4. März 1879 betr. die Immobiliarvollstr. §§ 5 und 26; sowie für Hannover § 528 Nr. 3 der hann. bürgerl. PrO. (dazu Krech Fischer Komm. z. Subh.Ordn. (3) S. 57); Schiedm.Ordn. v. 20. März 1879 §§ 32 u. 47; Ges. v. 31. März 1879 betr. die Übergangsbestimmungen §§ 13, 14, 19—23; Wildschadengesetz v. 11. Juli 1891 § 10. Bayern: AG. z. CPrO. Art. 4—8, 127—139, 220, 221. Sachsen: Ges. v. 12. März 1879 betr. die Behandlung der anhäng. Rechtssachen § 17. Württemberg: AG. z. CPrO. Art. 9, 12—14, 30. Hessen: AG. z. CPrO. Art. 4 u. 94. Oldenburg: VO. v. 10. April 1879 Art. 49. Sachsen-Coburg-Gotha: AG. z. CPrO. § 8. Sachsen-Meiningen: AG. z. CPrO. § 6. Reuß ä. L.: AG. § 22. Reuß j. L.: AG. § 8. Schwarzburg-Rudolstadt: AG. § 6. Bremen: AG. § 4. Hamburg: AG. §§ 4—16. Lübeck: AG. Art. 2. Elsaß-Lothringen: AG. z. CPrO. §§ 16, 44.

§ 707.

Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschließliche.

Mot. S. 421. KPr. S. 370, 565.

Digitized by Google

Die Übersicht der im achten Buche angeordneten Gerichtsstände s. Bem. Nr. 3 vor § 12. Soweit in diesen ausschließlichen Gerichtsständen die sachliche Zuständigkeit nach dem Werte des Streitgegenstandes zwischen Amts- und Landgericht verteilt ist (§§ 660 Abs. 2, 690, 704, Abs. 3, 705 Abs. 5, 710 Abs. 2), ist hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit Prorogation möglich. Im übrigen, also namentlich, wenn das Vollstreckungsgericht oder das Prozeßgericht erster Instanz für zuständig erklärt ist, ist auch die sachliche Zuständigkeit ausschließlich. [AM. RG. Entsch. XIII S. 369.]

Zweiter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

1. Der zweite Abschnitt behandelt die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Geldforderung ist jede Forderung, die auf eine Geldsumme in Reichswährung oder in einer derjenigen Währungen lautet, deren Verhältnis zur Reichswährung in § 14 des Münzgesetzes v. 9. Juli 1873 festgesetzt ist. Die Forderung auf eine Geldsumme in ausländischer Währung ist Geldforderung im Sinne dieses Abschnitts, wenn die Zahlung unter Umrechnung nach dem Kurse in inländischem Gelde erfolgen kann; Differenzen wegen des Umrechnungskurses sind nach § 685 zu erledigen. Kann die Zahlung nicht in inländischem Gelde erfolgen, so liegt eine Forderung auf vertretbare Sachen vor, deren Vollstreckung sich nach §§ 770, 878 Abs. 2 richtet. Lautet die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme in- oder ausländischer Währung mit dem Zusatze, daß die Zahlung nur in bestimmter Münzsorte zu leisten sei, so kann der Gläubiger jedenfalls die Vollstreckung nach §§ 770, 778 Abs. 2, aber auch unter Verzicht auf die Zahlung in der bestimmten Sorte die Vollstreckung nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts auf denjenigen Betrag in Reichswährung betreiben, welcher nötig ist, um die effektiv zu leistenden Sorten zu beschaffen, unbeschadet des Rechts des Schuldners, nach Beginn der Exekution noch die Zahlung in der betreffenden Sorte zu leisten. Dagegen sind Forderungen, bei denen es dem Gläubiger auf die Beschaffung bestimmter in- oder ausländischer Geldsorten ankommt, nicht als Geldforderungen, sondern nach §§ 770, 778 Abs. 2 beizutreiben. Über Vollstreckung alternativer Obligationen vgl. Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 40 ff.

2. Wegen der Gebührenberechnung bei Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen s. GKG. § 13 Abs. 2, GO. f. RA. § 10, GO. f. GV. § 4.

Erster Titel.

Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 708.

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt.

Mot. S. 423. KPr. S. 370, 375, 565.

1. Welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (§ 757 Abs. 2).

Digitized by Google

Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind (vgl. § 714), und bewegliche Pertinenzen einer unbeweglichen Sache unterliegen ohne die unbewegliche Sache der Pfändung (Mobiliarexekution) [vgl. RG. 7. März 1893 Bl. f. RA. XI Erg.Bd. S. 311, OLG. Nürnberg eod. XII Erg.Bd. S. 198 ff., OLG. Dresden Sächs. Arch. III S. 793], mit der unbeweglichen Sache aber der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Darüber, wie sich beide Arten von Zwangsvollstreckung zu einander verhalten, bestimmt die Prozeßordnung nichts. Beide Arten von Vollstreckung können neben und nacheinander zulässig sein. Die Rangverhältnisse der durch die eine oder andere Vollstreckung entstehenden Rechte ordnen sich nach der Zeit des Vollzugs der Zwangsvollstreckung.

Da den Landesgesetzen nach § 757 Abs. 2 (vgl. a. KO. § 39) überlassen ist, zu bestimmen, welche Sachen in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, so können sie anordnen, daß der Beginn der einen Art von Vollstreckung die andere Art der Vollstreckung ausschließe. So bestimmt die preuß. Subh.Ordn. § 206, daß bewegliche Gegenstände, die zur Immobiliarmasse gehören — also auch die Früchte und Pertinenzen — der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen nur unterliegen solange sie nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Beschlag genommen sind (Subh.Ordn. §§ 16, 140). Das Gleiche ergiebt sich aus der bay. Subh.Ordn. Art. 8 Abs. 1 [vgl. Ortenau Komm. (2) S. 45]. Die nach der Beschlagnahme vollzogene Pfändung ist hiernach unwirksam. Ein Landesgesetz, das bestimmte, daß die Immobiliarexekution Früchte und Pertinenzen nicht ergreifen könnte, wenn diese bereits vorher gepfändet sind, ist m. W. nicht erlassen. Es ist daher die Erstreckung der Immobiliarexekution auf gepfändete Früchte und Pertinenzen zulässig, wenn die Früchte noch nicht getrennt oder wenn sie nach der Trennung zu Pertinenzen geworden sind und die Pertinenzen ihre Eigenschaft als solche noch nicht verloren haben.

Ob derjenige, welcher ein dingliches Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstücke hat (Realberechtigter), der Pfändung von Früchten und Pertinenzen widersprechen kann, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob er ein der Exekution entgegenstehendes Recht hat. Die preuß. Subh.Ordn. § 206 giebt jedem Realberechtigten das Recht des Widerspruchs. Das Recht des Widerspruchs dauert bis zur Beendigung der Mobiliarexekution. Nach dem bayerischen Rechte steht dem Hypothekengläubiger ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung von Pertinenzen, nicht aber gegen die Pfändung von Früchten zu [vgl. Ortenau Komm. (2) S. 44 ff., daselbst Angaben über Rechtspr. und Litt.]. Der § 710 Satz 1 der CPrO. steht dem Widerspruchsrechte, wo ein solches aus dem Landesrechte begründet ist, keinesfalls entgegen; denn er bezieht sich überhaupt nicht auf hypothekarische Rechte an Früchten und Pertinenzen unbeweglicher Sachen [vgl. KPr. S. 386, RG. 3. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1166, 15. April 1887 Entsch. XVII Nr. 77 S. 325, bay. ob. LG. SA. XXXVIII Nr. 303, Samml. v. Entsch. IX S. 757, X S. 263, 265, Johow in Behrends Ztschr. V S. 213 ff., Oppenheim Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 769]. Wo ein solches Widerspruchsrecht besteht, wird es auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß derjenige, welcher die Mobiliarexekution betreibt, ein Realberechtigter mit Vorrang ist.

Eine andere Frage ist, ob der Realberechtigte (Hypothekengläubiger ꝛc.), dem die Früchte oder Pertinenzen als Nebensachen der unbeweglichen Sache haften, die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Früchte verlangen kann (§ 710). Auch die Beantwortung dieser Frage ist nur unter Heranziehung der Landesgesetze möglich. Die CPrO. steht dem Anspruche nicht entgegen, gewährt ihn aber auch nicht, wo er aus dem Landesrechte nicht zu begründen ist. Es kommt insbesondere darauf an, ob das dem Real-

Digitized by Google

berechtigten zustehende dingliche Recht nach Landesgesetz die Veräußerung der Früchte oder Pertinenzen überdauert. Da die Pfändung stehender Früchte nach § 714 vor der Trennung erfolgen kann, so kann der Realberechtigte auch ein Vorrecht an dem Erlöse haben. Eine Veräußerung von Pertinenzen ohne räumliche Trennung ist nicht wohl denkbar. Früchte und Pertinenzen scheiden nach den meisten Landesrechten durch die räumliche Entfernung aus dem Pfandverbande aus; dann kann kein Anspruch des Realberechtigten auf vorzugsweise Befriedigung aus dem bei der Mobiliarexekution erzielten Erlöse mehr bestehen. Daraus, daß der Realberechtigte ein Widerspruchsrecht hat (s. o. Abs. 1), folgt noch nicht, daß er ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse habe. [Vgl. RG. 15. April 1887 Entsch. XVII Nr. 77 S. 323 ff. (zunächst franz. R. betr.), ferner RG. 3. Okt. 1883 Beitr. XXVIII S. 1166, Nessel eod. XXVI S. 200 ff., Gaupp in Boschers Ztschr. für freiwill. Gerichtsbarkeit ꝛc. XXX S. 1 f., OLG. Oldenburg SA. XLVIII Nr. 164, OLG. Nürnberg Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 198 ff.]

Darüber, ob ein Realberechtigter als solcher, also ohne Rücksicht auf eine persönliche Forderung gegen den Eigentümer, die zur Immobiliarmasse gehörigen beweglichen Zubehörungen und Früchte im Wege der selbständigen Mobiliarexekution in Anspruch nehmen könne, vgl. Meyländer Beitr. z. E. d. DR. XIX S. 668 ff., Heidenfeld eod. XXVI S. 489 ff., XXVII S. 595, Eccius Förster III § 194 N. 64, Jäckel Zwangsvollstr. in d. unbewegl. Verm. S. 34, 474, Achilles die preuß. Ges. üb. d. Grundeigentum (3) S. 265, Turnau preuß. Grundb.Ordn. (3) S. 701, Krech und Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordn. (3) S. 573 f., — diese für Zulässigkeit. Dagegen Niedieck Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 532 ff. u. RG. v. 3. Okt. 1881 eod. XXVI S. 503 f.

2. Der zweite Satz des Abs. 1 und der Abs. 2 des § 708 enthalten Anweisungen an den Gerichtsvollzieher. Die dagegen verstoßende Pfändung ist nicht ungültig. Der Schuldner hat das Recht, Einwendungen nach § 685 dagegen zu erheben [vgl. OLG. Darmstadt SA. XL Nr. 238]. Über Anwendung des § 708 Abs. 2 auf den Fall, daß bei der Versteigerung kein Gebot erfolgt, s. Bem. Nr. 5 zu § 718. Über dessen Anwendung auf die Pfändung von nicht betreibbaren Forderungen s. OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 295. Eine Anschlußpfändung kann nicht wegen § 708 Abs. 2 aufgehoben werden [OLG. Hamburg SA. XLIII Nr. 171].

§ 709.

Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande.

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.

Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

Mot. S. 421—425. KPr. S. 370—374, 568—570, 713—716.

1. Nach dem gemeinen Rechte entstand durch pignoris capio ein Pfandrecht, über dessen rechtliche Natur jedoch Meinungsverschiedenheiten bestanden. [Vgl. Dernburg Pfandrecht I § 53, II § 119, Stölzel Arch. f. c. Pr. XLV S. 272 ff., Meibom eod. LII S. 297 ff., Windscheid Pand. I § 233.] Dem gem. Rechte schlossen sich das sächs. BGB. § 487 und das hess. Pfandges. v. 15. Sept. 1858 Art. 181 an. Dagegen läßt das franz. Recht (Code civ. art. 2093 ff., Code de proc. art. 656) weder ein Pfand- noch ein Vorzugsrecht durch

Digitized by Google

die Pfändung entstehen. Denselben Standpunkt nahmen deutsche Partikulargesetze ein, so das preuß. Recht seit der Konk.Ordn. v. 8. Mai 1855 Tit. 1 Abschn. 8, das bay. Recht seit der PrO. v. 1869 Art. 938, das württemb. Recht seit dem EG. zum HGB. v. 13. Aug. 1865 Art. 53 und das bad. Landrecht. Die Vorteile und die Nachteile der beiden Systeme sind sowohl in den Motiven, wie insbesondere in den Beratungen d. JK. d. RT. ausführlich erörtert. Wie alle Entwürfe seit dem nordd. Entw. hat das Gesetz sich für das Pfandrecht entschieden.

2. Im allgemeinen sind die Wirkungen des durch Pfändung entstehenden Pfandrechts nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Daraus ist auch zu entnehmen, welche Rechtsbehelfe dem Gläubiger zum Schutze des Pfandrechts und des Pfandbesitzes (hypothecaria actio, Interdikte) zustehen und inwieweit die Verfolgung des Pfandrechts gegen den redlichen Erwerber oder Pfandnehmer möglich ist (HGB. Art. 306, pr. ALR. I 7 § 171 cf. § 162, sächs. BGB. Art. 469). [Vgl. a. Voß. Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 247 ff., v. Glasenapp eod. XXIV S. 259.] Die CPrO. greift jedoch durch folgende Bestimmungen über die Wirkungen dieses Pfandrechts in das materielle Recht ein:

a) Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. [Vgl. Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 177 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 100 ff.] Welche Wirkungen das vertragsmäßige Faustpfandrecht anderen Gläubigern gegenüber hat, ist aus dem Landesrechte zu beurteilen. Sowohl nach dem gem. Rechte wie nach sämtlichen Partikularrechten gewährt das vertragsmäßige Faustpfandrecht und daher auch das Vollstreckungspfandrecht dem Pfandgläubiger das Recht, aus dem Pfandgegenstande vor anderen nicht besser zur Sache berechtigten Gläubigern Befriedigung zu nehmen. Darüber, ob der Pfändungsgläubiger sich zu Gunsten seines Pfandrechts auf den Grundsatz „Hand wahre Hand" und auf die Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs berufen könne, s. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 690 u. Bem. Nr. 1 zu § 731.

b) Das Pfandrecht geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind. Die Bestimmung ist aus EG. z. KO. §§ 14, 15 und aus KO. § 41 zu ergänzen. α) Die §§ 14 und 15 des EG. z. KO. enthalten Minimalerfordernisse des im Konkurse zu respektierenden Faustpfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen (§ 14), an Forderungen und anderen Vermögensrechten (§ 15). Das cit. EG. bestimmt nicht, daß unter den dort aufgestellten Voraussetzungen ein Faustpfandrecht zustande komme (vgl. EG. z. KO. § 16), sondern nur, daß ein landesgesetzlich zu Recht bestehendes Faustpfandrecht im Konkurse nicht als Faustpfandrecht zu respektieren sei, wenn es den dort aufgestellten Erfordernissen nicht genügt. Indem die CPrO. § 709 den Vorrang des Pfändungspfandrechts vor allen Pfandrechten ausspricht, die für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind, bestimmt sie, daß jedes Pfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache und an einer Forderung, das den in EG. z. KO. §§ 14 und 15 aufgestellten Minimalerfordernissen nicht genügt, dem Pfändungspfandrechte nachstehe. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 98.] β) In KO. § 41 sind die den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger aufgezählt. Alle dort nicht aufgezählten Pfand- und Vorzugsrechte, also insbesondere die Generalhypotheken und -privilegien, desgleichen die etwa noch bestehenden, dort aber nicht reproduzierten gesetzlichen Hypotheken- oder Vorzugsrechte an beweglichen Sachen stehen dem Pfändungspfandrechte im Range nach. Zur Vermeidung von Härten läßt das EG. § 23 der Landesgesetzgebung Raum für Übergangsbestimmungen zu Gunsten bereits erworbener Rechte. — Übrigens bestimmt die CPrO. nur negativ, daß andere als die in KO. § 41

Digitized by Google

Nr. 1—8 aufgezählten Vorzugsrechte, dem Pfändungspfandrecht nicht vorangehen können. Ob die dort aufgezählten Vorzugsrechte außerhalb des Konkurses bestehen, welchen Rang sie im Verhältnisse zum Pfändungspfandrechte einnehmen, ist wieder nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XXXVII Nr. 81.]

Nach preuß. AG. z. KO. § 7 finden die Vorschriften des § 41 der KO. auch außerhalb des Konkurses auf das Verhältnis der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung. Nach bayer. AG. z. CPrO. Art. 140 können in den Landesteilen rechts des Rheins die in § 41 Ziff. 2—7 der KO. aufgeführten Gläubiger in Ansehung der dort bezeichneten Ansprüche aus den dort bezeichneten Sachen vorzugsweise Befriedigung vor den Gläubigern verlangen, welche nach der Begründung des Vorzugsrechts durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben. Wegen der bayer. Pfalz s. AG. z. CPrO. Art. 199, 200.

Die hiernach zulässigen Vorzugsrechte können auch außerhalb des Konkurses nur in dem Umfange bestehen wie im Konkurse. Der Vermieter kann z. B. ein Pfandrecht an den Illaten nicht für alle Forderungen aus dem Mietvertrage, wie nach dem gem. Rechte, sondern nur für die in KO. § 41 Nr. 4 bezeichneten Ansprüche geltend machen. Soweit nicht besondere Privilegien bestehen (vgl. z. B. preuß. AG. z. KO. § 6), entscheidet die Priorität der Entstehung über das Rangverhältnis.

c) Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor anderen Gläubigern behält der Gläubiger auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber (KO. § 41 Nr. 9); er hat ein Recht auf Absonderung, nur der Überschuß ist an die Konkursmasse abzuliefern. Die Vorschriften, die die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen (KO. §§ 11, 12, 98), finden auch auf das Pfändungspfandrecht Anwendung. Die Entwürfe bestimmten in Bezug auf das Pfändungspfandrecht: „Der Gläubiger behält dieses Rechts auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners unbeschadet der Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen." In der JK. d. RT. wurde dieser Satz gestrichen, weil er schon in KO. § 41 Nr. 9, §§ 11, 12, 98 enthalten sei. Über Anfechtung des Pfandrechts wegen Benachteiligung der Gläubiger s. RG. Entsch. II S. 374, III S. 395, VI S. 367, VII S. 36, X S. 33, XVII S. 26, Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1033, SA. XLIV Nr. 238, ferner Ztschr. f. d. CPr. VII S. 329, IX S. 476, Hassenpflug Beitr. z. Erl. d. DR. XXXII S. 81 ff., Mügel eod. XXXIII S. 61 ff. Über das Verhältnis des Pfändungspfandrechts zu Code civ. art. 880 vgl. RG. Entsch. XVIII Nr. 90 S. 398.

d) Das durch die frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird. Wegen der Anschlußpfändung vgl. §§ 727, 728. Wird gleichzeitig für mehrere Gläubiger gepfändet, z. B. ein Gerichtsvollzieher pfändet im Auftrage mehrerer Gläubiger, so stehen die Pfandrechte der mehreren Gläubiger im Range gleich; jeder erhält Befriedigung pro rata.

3. Die Arrestpfändung begründet nach § 810 für die Arrestgläubiger ein Pfandrecht mit den in § 709 bestimmten Wirkungen.

4. Die Rechtsverhältnisse in Bezug auf die im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens hinterlegten Beträge und Gegenstände. [Vgl. Cohn Beitr. z. E. d. DR. XXII S. 574 ff., Wolff Absonderungsrecht S. 52 ff.]

a) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren durch den Schuldner zum Zwecke der Abwendung, der Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung kann vorkommen nach §§ 647, 652 Abs. 2, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1, 803, 818. Nach dem gem. Rechte entsteht durch die Hinterlegung ein vertragsmäßiges Faustpfandrecht an der hinterlegten Sicherheit zu Gunsten der Forderung des Gläubigers. Die Hinterlegungsbeamten vertreten den Gläubiger in Ausübung des Pfandbesitzes. Das

Digitized by Google

Faustpfandrecht entspricht daher den Anforderungen des EG. z. KO. § 14 Abs. 1; folglich hat der Gläubiger ein Absonderungsrecht im Konkurse des Schuldners nach KO. § 40. [Vgl. Planck I S. 373, RG. 11. Jan. 1890 Entsch. XXV Nr. 85 S. 376.] In der JK. d. RT. war beantragt, für diese Fälle auszusprechen, daß der Gläubiger an der hinterlegten Sicherheit die in § 709 Abs. 2 bestimmten Rechte erwerbe. Der zuerst angenommene Zusatz wurde, obwohl man darüber einverstanden war, daß der Gläubiger ein dem Pfändungspfandrechte entsprechendes Recht an der Sicherheit habe, wieder gestrichen, um nicht zu dem argumentum a contr. zu verleiten, daß an anderen Sicherheiten demjenigen, welchem die Sicherheit geleistet ist, kein solches Pfandrecht zustehe (vgl. a. Prot. z. KO. S. 43 ff. und S. 150). [Hellmann Komm. III S. 76 cf. I S. 345 f. und Bolgiano Hdb. S. 193 Note bestreiten das Pfandrecht; H. mit Gründen, die auf reines Mißverständnis hinauslaufen — vgl. jetzt auch Lehrb. S. 850 — B. ohne jede Begründung. Gegen Hellmann: Herzog Ztschr. f. d. CPr. VI S. 376.] Ebenso gestaltet sich die Sache nach den Partikularrechten, die, wie z. B. das pr. ALR. I 20 § 94, das bay. LR. I 6 § 6 II do, das sächs. BGB. § 466, keine strengeren Erfordernisse zur Entstehung eines Faustpfandrechts aufstellen, als das gem. Recht. Stellt das Partikularrecht, wie z. B. Code civ. art. 2074, württ. Pfandgef. Art. 246, strengere Bedingungen für die Entstehung eines Faustpfandrechts auf, so ist die Entstehung eines Faustpfandrechts an der Sicherheitsleistung von der Erfüllung dieser Bedingungen abhängig (vgl. Bem. Nr. 4 zu § 101). Auch im Konkurse gelten nach EG. z. KO. § 16 die etwaigen strengeren Erfordernisse des Landesrechts.

b) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren durch den Gläubiger zum Zwecke der Einleitung oder Fortsetzung der Vollstreckung kann vorkommen nach §§ 647, 650, 652 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 688 Abs. 2 zu Gunsten des Schuldners, nach § 690 Abs. 3 zu Gunsten des Widerspruchsklägers. Auf diese Sicherheit finden die ad a entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Speziell von der Sicherheitsleistung nach §§ 650, 652 handelt P. Oertmann Arch. f. c. Pr. LXXIX S. 240 ff.

c) Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld- oder Wertpapieren durch einen Dritten kann vorkommen zum Zwecke der Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung nach § 690 Abs. 3. Auch auf diese Sicherheit finden die ad a entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Über die Auslieferung solcher Kautionen vgl. RG. Entsch. XII Nr. 116 S. 394 ff.

d) Hinterlegung des Schuldbetrags oder des Streitgegenstandes durch den Schuldner nach § 652 (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 647). Diese Hinterlegung ist nach dem gem. Rechte Zahlung (Leistung) unter der auflösenden Bedingung, daß das vorläufig vollstreckbare Urteil nicht nachträglich aufgehoben werde. [Vgl. Gaupp II S. 417 bei N. 22.] Sobald feststeht, daß die Resolutivbedingung nicht mehr eintreten kann, also mit der Rechtskraft des Urteils, gehört der hinterlegte Betrag oder die hinterlegte Sache definitiv dem Gläubiger. Tritt die Resolutivbedingung ein, so gehört der Betrag oder die Sache dem Schuldner. Im Konkurse des Schuldners hat der Gläubiger vor Eintritt der Resolutivbedingung ein Aussonderungsrecht. Für das preuß. Recht vertreten Struckm. Koch N. 6 zu § 709, Wilm. Levy N. 3 zu § 709, im Anschlusse an ein Präj. d. OTr. v. 26. Nov. 1842 (Präj. Samml. S. 383) und Striethorst Arch. f. Rechtsf. XV S. 209, XXXVIII S. 288, LXXXIII S. 185 unter Berufung auf ALR. I 16 § 160 ff. die gleiche Ansicht. AM. A. Förster N. 10, Eccius Förster pr. PrR. I § 92 N. 28, Wolff a. a. O. S. 56 ff. — Aus der hier vertretenen Ansicht folgt nicht, daß die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der hinterlegten Sache vom Zeitpunkte der Hinterlegung auf den Gläubiger übergeht, und auch nicht, daß von der Hinterlegung an der Zinsenlauf aufhört; denn der

Digitized by Google

Gläubiger hat den Anspruch auf Aushändigung und der Schuldner muß ihm prästieren, was er haben würde, wenn der Anspruch z. B. der Klagerhebung befriedigt worden wäre.

e) Hinterlegung des gepfändeten Geldes oder des Erlöses gepfändeter Gegenstände durch den Gerichtsvollzieher kann nach § 659, 810 Abs. 2, 3, ferner nach §§ 710 Abs. 4, 728 Abs. 3, 4, 751 Abs. 2, 3 vorkommen. Für den Fall des § 659 bestimmen die §§ 716, 720, daß die Wegnahme des gepfändeten Geldes und die Empfangnahme des Erlöses durch den GV. nicht als Zahlung gelte; folglich geht das Hinterlegte nicht in das Vermögen des Gläubigers über, vielmehr dauert das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder Erlöse fort. Ebenso im Falle des § 810 Abs. 1 und 2; denn bei der Arrestvollstreckung gilt die Wegnahme des Geldes und die Empfangnahme des Erlöses durch den GV. nicht als Zahlung. Dagegen ist für die Fälle der §§ 170 Abs. 4, 728 Abs. 3 u. 4, 751 Abs. 2, 3 der Satz, daß die Wegnahme des Geldes und die Empfangnahme des Erlöses durch den GV. als Zahlung gelte, nicht beseitigt. Folglich gehört in diesen Fällen das Hinterlegte dem Gläubiger, und zwar im Falle des § 710 unter der Resolutivbedingung, daß dem Dritten nicht ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zuerkannt werde, in den Fällen der § 728 Abs. 2, 3, 751 Abs. 1, 2 aber nach Maßgabe der, wenn auch bestrittenen, so doch objektiv von Anfang an feststehenden Rangordnung. [Abw. Gaupp II S. 417 ff. bei N. 25, teilweise auch Wolff a. a. O. S. 59 ff.] Vgl. auch Bem. Nr. 4 zu § 728.

Ad a—e: Geht nach der Hinterlegungsordnung das hinterlegte Geld in das Eigentum des Staates über (preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 7), so tritt an Stelle des Pfandrechts an dem hinterlegten Gelde ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung; an Stelle des resolutiv bedingten Eigentums an dem vom Schuldner hinterlegten Gelde erlangt der Gläubiger ein bedingtes Forderungsrecht gegen die Staatskasse ꝛc. Ob für diese Forderung der Rechtsweg zulässig ist, bestimmt das Landesrecht; vgl. Bem. Nr. 3 a. E. zu §§ 801, 802.

§ 710.

Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig oder nicht.

Die Klage ist bei dem Vollstreckungsgerichte und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen. Die Vorschriften der §§ 688, 689 finden hierbei entsprechende Anwendung.

Mot. S. 425. KPr. S. 374, 571.

1. Nach § 690 würde ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter auch ohne Besitz Widerspruch gegen die Pfändung erheben können, wenn ihm nach dem materiellen Rechte die Befugnis zusteht, die Veräußerung zu hindern. Hier greift der § 710 ein; dem Pfand- und Vorzugsberechtigten, der sich nicht im Besitze der Sache befindet, wird die Befugnis zum Widerspruche gegen die Pfändung beweglicher Sachen (nicht auch zum Widerspruche

Digitized by Google

gegen die Wegnahme nach §§ 769, 770) abgesprochen, mag auch nach dem materiellen Rechte sein Recht als ein die Veräußerung hinderndes im Sinne des § 690 erscheinen. Der § 710 bestimmt aber nicht, daß jeder sich im Besitze befindende Pfand- oder Vorzugsberechtigte ein materielles Widerspruchsrecht gegen die Pfändung habe; ob er ein solches hat, ist auf Grund des § 690 aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die prozeßrechtliche, sich aus § 713 ergebende Beschränkung der Pfändungsbefugnis ist eine Sache für sich.

Für die Fälle, in denen ein Pfand- oder Vorzugsberechtigter der Pfändung nicht widersprechen kann, sei es, weil ihm schon nach dem materiellen Rechte kein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, sei es, weil ihm durch § 710 Satz 1 die Befugnis zum Widerspruche entzogen ist, gewährt der § 710 eine Klage auf vorzugsweise Befriedigung und bestimmt zugleich, daß diese Klage auch bei noch nicht fälliger Forderung zulässig sein soll.

Der Streit mehrerer Pfändungsgläubiger über den Erlös ist nach §§ 758 ff. auszutragen; der § 710 ist darauf nicht anwendbar [RG. 29. Nov. 1893 Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 181].

2. „Im Besitze" befindet sich der Pfandberechtigte, wenn er selbst oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat. Daß der durch einen Dritten ausgeübte Gewahrsam ebenso unter Besitz zu verstehen ist, wie der von dem Pfandberechtigten selbst ausgeübte, ergiebt die Parallele von EG. z. KO. § 14 Abs. 1; es behält daher z. B. der Pfandgläubiger, der die ihm behändigten Wertpapiere bei einer Bank in Verwahrung giebt, die Befugnis zum Widerspruche gegen die Veräußerung. Gewahrsam ist thatsächliche Gewalt über die Sache. Zur Erlangung des Gewahrsams ist zwar nicht körperliche Berührung, aber doch die Herstellung eines thatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zur Sache nötig. Das nähere ist aus den materiellrechtlichen Regeln über Besitzerwerb zu entnehmen. Diese Regeln sind jedoch nur insofern maßgebend, als sie, wie dies nach dem gem. Rechte der Fall ist, zum Erwerbe des Besitzes die Herstellung eines thatsächlichen Herrschaftsverhältnisses fordern; Besitzerwerb durch sog. symbolische Tradition genügt nicht, um die Anwendung des § 710 auszuschließen [vgl. die Mot. S. 425. AM. Wilm. Levy N. 1]. Dabei ist jedoch zu beachten, daß ältere gemeinrechtliche Schriftsteller [Nachweise s. bei Exner Eigentumserwerb durch Tradition S. 153 ff.] sowie das preuß. Landrecht den Ausdruck „symbolische Tradition" auch auf Thatbestände anwenden, bei denen zwar keine körperliche Berührung, wohl aber andere, die thatsächliche Gewalt über die Sache herstellende und daher unter den Begriff eigentlicher (nicht symbolischer) Tradition gehöriger Momente vorliegen, z. B. bei Bestellung von Aufsehern, Behändigung der Schlüssel zum Verwahrungsorte ꝛc.; zweifellos ist in diesen Fällen Besitz im Sinne des § 710 vorhanden. Zweifelhaft ist dagegen, ob Besitz im Sinne des § 710 auch dann besteht, wenn dem Pfand- oder Vorzugsberechtigten ein Konossement, Ladeschein, Lagerschein oder ein ähnliches Papier übergeben ist und der Vorzugsberechtigte durch das Papier, über den Gegenstand der Verpfändung verfügen kann; vgl. BG. v. 31. Juli 1870 betr. die Gründung öffentlicher Darlehenskassen § 6, HGB. Art. 374 (Pfandrecht des Kommissionärs am Kommissionsgute), Art. 382 (Pfandrecht des Spediteurs am Speditionsgute), preuß. ALR. I 20 349 ff., 367 ff., preuß. AG. z. KO. § 5. Die Motive S. 425 scheinen dagegen zu sprechen, insofern sie den § 6 des BG. v. 31. Juli 1870 bei Erwähnung der symbolischen Besitzesübergabe citieren. Gleichwohl muß man sich für die Subsumtion dieser Fälle unter „Besitz" im Sinne des § 710 entscheiden. Dem § 710 liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Pfandgläubiger sich die Pfändung dann gefallen lassen muß, wenn sein Schuldner thatsächlich in der Lage ist, die Pfandsache zu veräußern, im

Digitized by Google

anderen Falle nicht. Nun ist der Schuldner, der dem Pfandgläubiger das Konossement, den Ladeschein oder den Lagerschein behändigt hat, thatsächlich nicht mehr in der Lage, die Sache zu veräußern; folglich ist seinem Pfandgläubiger die Befugnis zum Widerspruche gegen die Pfändung nicht entzogen. Diesem Ergebnisse dient als Stütze, daß in § 710, abweichend von §§ 712, 713 und EG. z. KO. § 14, „Besitz" und nicht „Gewahrsam" gesagt ist; „Besitz" soll wahrscheinlich auch Fälle ohne „Gewahrsam" mitumfassen. Vgl. a. nordd. Prot. I S. 2016, wo der Ausdruck Besitz in dem dem § 710 entsprechenden § 972 des nordd. Entw. als „Besitz bezw. Gewahrsam" erläutert ist. [Im Resultate ebenso Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 419 bei N. 7, RG. 10. März 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 427. AM. v. Sarwey II S. 182, Hellmann Komm. III S. 78 u. Lehrb. S. 852].

Es werden folglich alle hypothekarischen Rechte an beweglichen körperlichen Sachen von § 710 betroffen. Soweit solche Rechte nach § 709 einen Vorrang vor dem Pfändungspfandrechte behalten (vgl. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 709), können sie gleichwohl nicht zur Begründung einer Widerspruchsklage (§ 690) dienen, sondern nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der gepfändeten Pfandsache begründen. Zu diesen Pfandrechten gehört insbesondere auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den Illaten des Mieters und das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten des Pachtobjekts. [Über diese Rechte vgl. insbes. Schwarze und Heyne Unters. prakt. wichtiger Rechtsmaterien (1844) S. 125 ff., L. Seuffert Bl. f. RA. XXXV S. 241 ff., Gösch Meckl. Ztschr. III S. 92 ff. und S. 320 ff., Bunsen eod. S. 212 ff., Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXIV S. 327 ff.] Die Illaten und die Früchte befinden sich, solange der Vermieter oder Verpächter von dem ihm unter bestimmten Voraussetzungen zustehenden Retentions- oder Besitzergreifungsrechte keinen Gebrauch gemacht und die Sachen nicht in seinen Gewahrsam gebracht hat, nicht in seinem Besitze; der Vermieter oder der Verpächter kann daher, bevor er die Sachen dem Mieter oder Pächter abgenommen hat, der Pfändung der Illaten und der Früchte nicht widersprechen. [So auch Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 420 bei N. 11, RG. 2. Juli 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 865, vgl. a. Mot. z. Entw. d. KO. S. 210 f. Unrichtig: Cretschmar a. a. O.] — Betroffen werden ferner die Pfandrechte des Frachtführers und des Verfrachters nach Ablieferung des Guts (HGB. Art. 406, 624, vgl. KO. § 41 Nr. 8); ferner die Pfandrechte der Bodmereiberechtigten (HGB. Art. 697), der Vergütungsberechtigten bei großer Haverei (HGB. Art. 727), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hülfskosten (HGB. Art. 753) und der Schiffsgläubiger (HGB. Art. 757 ff.), soweit diese Pfandrechte sich auf Gegenstände beziehen, die in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum beweglichen Vermögen gehören. Kauffahrteischiffe nebst Zubehör gehören nach der preuß. Subh.Ordn. von 1883 § 1 in Ansehung der Zwangsvollstr. zum unbewegl. Vermögen, bgl. andere zur Frachtschiffahrt bestimmte Schiffsgefäße im Gebiete des preuß. ALR. Ferner werden durch § 710 die Fälle betroffen, in denen jemand ein dem § 14 des EG. z. KO. entsprechendes Faustpfandrecht erlangt, nachträglich über den Besitz der Pfandsache mit oder ohne Willen verloren hat. Es kann sein, daß nach dem bürgerlichen Rechte das Faustpfandrecht trotz dem Besitzesverluste fortdauert; die Befugnis, der Pfändung zu widersprechen, cessiert gleichwohl, wenn der Besitz nicht vor der Pfändung wieder erlangt wurde. [So auch Struckm. Koch N. 2 Abs. 3, Gaupp II S. 420 bei N. 3, Dernburg pr. PrR. I § 357 N. 18.] — Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer, die das beneficium separationis haben, werden durch § 710 gehindert, Widerspruchsklage zu erheben, können aber auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse klagen.

Digitized by Google

Durch § 710 werden hypothekarische Rechte an beweglichen Sachen, die als Früchte oder Pertinenzen unbeweglicher Sachen dem Hypothekenrechte an unbeweglichen Sachen unterliegen, nicht berührt; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 4, 5 zu § 708.

3. Die in § 710 zugelassene Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem nach Abzug der Versteigerungskosten [vgl. SA. L Nr. 64] verbleibenden Erlöse setzt voraus, daß der Pfand- oder Vorzugsberechtigte nach dem materiellen Rechte vgl. mit CPrO. § 709 einen Vorrang vor dem Pfändungsgläubiger hat. Der Pfandberechtigte, der hinter diesem zurücksteht, kann sein Recht auf den Überschuß verfolgen; aber dafür gelten nicht die Regeln des § 710. — Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung ist ein minus gegenüber dem Widerspruchsrechte. Folglich kann auch der Pfand- oder Vorzugsberechtigte, der sich im Besitze befindet, aber von seinem Widerspruchsrechte keinen Gebrauch machen will, die vorzugsweise Befriedigung verlangen [vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXIV S. 325]; die Befriedigung aus dem Erlöse kann ihm lieber sein, als die Einstellung der Vollstreckung. Auch dadurch geht der Anspruch auf die vorzugsweise Befriedigung nicht verloren, daß der im Besitze befindliche Pfandgläubiger, ohne von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch zu machen, die Aufhebung eines Arrestes durch Hinterlegung des Geldbetrags erwirkt, durch dessen Hinterlegung der Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung des Arrestes berechtigt wird (§ 803); der Pfandgläubiger kann aus dem hinterlegten Betrage vorzugsweise Befriedigung verlangen, weil dieser Betrag an Stelle des Pfandgegenstandes getreten ist [RG. 10. März 1883 Entsch. IX Nr. 122 S. 428 ff.]. — Ist der Erlös aus der gepfändeten Sache hinterlegt worden, so kann der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse noch durch Klage aus § 710 geltend gemacht werden. [Vgl. OLG. Celle SA. XXXVIII Nr. 194. AM. Voß Arch. f. c. Pr. LXXVI S. 295]. Ob der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung auch noch nach Auszahlung des Erlöses an den Pfändungsgläubiger erhoben werden kann, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die CPrO. steht nicht im Wege, aber die Bestimmungen des § 710 sind für diese Klage nicht maßgebend, sie gelten nur für die vor Beendigung der Zwangsvollstreckung erhobenen Klagen. [Vgl. Griesebach Ztschr. f. d. CPr. IX S. 264 ff., RG. 5. Juli 1884 Entsch. XII Nr. 105 S. 372, OLG. Hamburg SA. XXXVIII Nr. 367, OLG. Celle SA. XLIII Nr. 247, OLG. Rostock SA. XLIII Nr. 248, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 55.] Ist nach erhobener Klage der Erlös dem Pfändungspfandgläubiger ausbezahlt worden, so muß der Klagantrag in den Antrag auf Herauszahlung umgestellt werden; darin liegt keine Klagänderung (§ 240 Nr. 3).

4. Macht der Pfand- oder Vorzugsberechtigte einen noch nicht fälligen unverzinslichen Anspruch nach § 710 Abs. 1 geltend, so ist der Zwischenzins abzurechnen (arg. KO. § 58).

5. Zu Abs. 2: Der ausschließliche (§ 707) Gerichtsstand für die in § 710 bezeichnete Klage auf vorzugsweise Befriedigung ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk die Vollstreckung stattgefunden hat (§ 684). Sachlich zuständig ist je nach dem Werte des Streitgegenstandes das Amts- oder das Landgericht. Der Wert des Streitgegenstandes ist nach §§ 4—6 zu bemessen. Prorogation von dem Amts- an das Landgericht und umgekehrt ist zulässig. Der Prozeß gehört vor die Kammer für Handelssachen, wenn der aus dem Rechte des Pfand- oder Vorzugsberechtigten entspringende Anspruch nach GVG. § 101 vor der K. f. HS. geltend zu machen ist. Die Klage kann nach § 77 dem für die erste Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers, sie kann aber auch dem Gläubiger selbst zugestellt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 163.

6. Zu Abs. 3: Die Ausführungen in Bem. Nr. 6 zu § 690 finden entsprechende Anwendung.

Digitized by Google

7. Zu Abs. 4: Wer die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beansprucht, kann nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung oder die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln begehren; denn er will ja, daß das Pfand verwertet wird. Aber schon vor der rechtskräftigen Feststellung seines Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung kann er beantragen, daß angeordnet werde, der Erlös sei nicht auszuzahlen, sondern zu hinterlegen, wenn er seinen Anspruch glaubhaft macht. Ist dieses geschehen, so muß jene Anordnung erlassen werden. Die entsprechende Anwendung des § 688 ergiebt, daß der Antrag regelmäßig nach Erhebung der Klage bei dem Prozeßgerichte zu stellen ist, daß jedoch in dringenden Fällen das Vollstreckungsgericht sowohl vor wie nach Erhebung der Klage jene Anordnung unter Bestimmung der in Abs. 2 des § 688 bezeichneten Frist erlassen kann; vgl. die Bemerkungen zu § 688. Aus der entsprechenden Anwendung des § 689 folgt, daß das Gericht, bei dem Klage nach § 710 erhoben ist, in Bezug auf Anordnung der Hinterlegung die in § 689 bezeichneten Befugnisse hat; die Bemerkungen zu § 689 gelten auch hierher.

Die Hinterlegung erfolgt durch den Gerichtsvollzieher bei der landesgesetzlich bestimmten Hinterlegungsstelle. Über die Rechtsverhältnisse an dem Depositum s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

Wegen der Gebühren s. GKG. § 35 Abs. 2 (in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881), § 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

§ 711.

Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag verpflichtet, ein Verzeichnis seines Vermögens vorzulegen, in betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Mot. S. 426. EPr. S. 374, 375, 571.

1. Litteratur: Über die Entwickelung des Offenbarungs(Manifestations)eides s. Wetzell Syst. § 28 bei Note 14 ff., § 50 bei Note 19a ff. (S. 637), Renaud Lehrb. §§ 138, 139 und Arch. f. prakt. RW. VIII S. 110 ff., Wach Ztschr. f. RG. VII S. 439 ff., Strippelmann Gerichtseid III S. 348 ff., Chop Arch f. c. Pr. XL S. 278 ff., E. Gallinger der Offenbarungseid des Schuldners (München 1884); vgl. auch preuß. AGO. I 22 § 28 ff. und preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 11. Litteratur zum Offenbarungseide der CPrO.: Francke der Offenbarungseid nach Reichsrecht (Berlin 1885), Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 314 ff., Mugdan eod. V S. 262 u. Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 274 ff., Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 218 ff. Grisebach Mag. f. DR. II S. 233, Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 342 ff., Bl. f. RA. XLVII S. 130 ff., 145 ff., Erg.Bd. III S. 1 ff., 17 ff., Staub jur. WSchr. 1885 S. 9 ff., Schönfeld Offenbarungseid und Haft (Gnesen 1888), Bunsen Meckl. Ztschr. II S. 321—327 u. Zwangsvollstr. S. 38 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 316 ff., Lewinsohn Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 96 ff., Friedländer Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 562 ff., Lessing Sächs. Arch. IV S. 159 ff.

2. Die in § 711 ausgesprochene Verpflichtung des Schuldners zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses ist keine materiellrechtliche, sondern eine prozeßrechtliche Pflicht. Um der Durchführung der Zwangsvollstreckung willen wird dem Schuldner die Pflicht auferlegt,

Digitized by Google

sein Vermögen zu verzeichnen und, da nur die wahrheitsgetreue Anzeige für den Gläubiger von Wert ist, das Verzeichnis mit seinem Eide zu bekräftigen. [Ähnlich Krech a. a. O. S. 233 f., Francke a. a. O. S. 23 f.] Der Gläubiger kann weder das Vermögensverzeichnis ohne Offenbarungseid noch den Offenbarungseid ohne Vermögensverzeichnis, sondern nur die Vorlegung des Vermögensverzeichnisses und dessen eidliche Bekräftigung verlangen. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Vorlegung des Vermögensverzeichnisses und zur Eidesleistung. Im preuß. Entw. war durch die Aufeinanderfolge der §§ 1109, 1110 ersichtlich gemacht, daß das Verfahren mit der Ladung zur Erzwingung der Vermögensangabe und des Eides beginne. Auch im nordd. Entw. steht der dem § 711 der CPrO. entsprechende § 1033 unmittelbar vor der jetzt in § 781 enthaltenen Bestimmung (nord. Entw. § 1034 Abs. 1), während im § 1034 Abs. 2 von der Ladung die Rede ist. Im Entw. I und in den folgenden Entwürfen ist die Verpflichtung zur Vermögensangabe und zur Eidesleistung in den allgemeinen Bestimmungen über Mobiliarexekution ausgesprochen, wie im Gesetze. Dies ist durch die Verschiebung des vom Offenbarungseide handelnden Abschnittes veranlaßt; dieser bildet seit dem Entw. I den Schluß der Zwangsvollstreckung, während er früher nach dem Abschnitte „Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen" stand. Durch diese Verschiebung ist keine sachliche Änderung bewirkt. Daß in den §§ 780—782 nur vom Offenbarungseide die Rede ist, darf nicht entgegengehalten werden, denn die Pflicht zur Inventarisation konnte in § 780 nicht erwähnt werden, weil sich dieser § auch auf den Fall des § 769 bezieht. Daß ein besonderer Antrag auf Inventarserrichtung nicht zulässig ist, ergiebt ferner der Mangel aller Vorschriften über das bei einem solchen Antrage zu beobachtende Verfahren und über die Zuständigkeit. Es ist nirgends bestimmt, daß ein Beschluß über einen solchen Antrag die Grundlage einer Vollstreckung nach § 774 sein könne. Über die Zuständigkeit ist auch nichts gesagt; denn § 780 wäre für den bloßen Antrag auf das Inventar nicht anwendbar, die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts (§ 684 Abs. 2) aber paßt nicht. Endlich wäre das Verlangen des Vermögensverzeichnisses ohne gleichzeitiges Verlangen des Offenbarungseides ohne jede praktische Bedeutung. [Vgl. außer den Komm.: Krech a. a. O. S. 226, Francke a. a. O. S. 24 ff., Falkmann a. a. O. S. 319, Friedländer a. a. O. S. 570, Bunsen Zwangsvollstr. S. 40 f. AM. Endemann III S. 213.]

3. Die Verpflichtung des Schuldners zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses und zu dessen eidlicher Bekräftigung tritt ein, wenn die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners vergeblich versucht oder ohne vollständige Befriedigung des Gläubigers durchgeführt wurde oder wenn glaubhaft gemacht wird (§ 266), daß die noch nicht durchgeführte Vollstreckung in das bewegliche Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Daß unbewegliches Vermögen vorhanden ist, hebt die Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht auf. — Nur der mit einem Vollstreckungstitel versehene Gläubiger kann den Offenbarungseid verlangen. Jeder Vollstreckungstitel auf eine Geldforderung genügt, mit Ausnahme des Arrestes; denn der Arrest bezweckt nicht, Exekutionsobjekte herbeizuschaffen, sondern die greifbaren zu sichern. [Vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 808, Gaupp II S. 423 bei N. 4, Endemann III S. 178, Merkel Arrest S. 168, OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 292. AM. Francke S. 4 ff., A. Förster N. 3 zu § 808, Falkmann S. 321, Kohler Forschungen S. 141 N. 1, Friedländer a. a. O. S. 566.]

4. In das Vermögensverzeichnis sind alle Bestandteile des Aktivvermögens, auch die nach §§ 715, 749 von der Vollstreckung befreiten [RG. Entsch. in StrS. VI S. 210], sowie das unbewegliche Vermögen aufzunehmen. Der Schuldner muß die einzelnen Vermögensstücke so bestimmt bezeichnen, daß die Zwangsvollstreckung möglich ist. Dies führt

Digitized by Google

zu der im Gesetze ausgesprochenen Pflicht, Grund und Beweismittel der im Inventarium aufgeführten Forderungen anzugeben; der Gläubiger soll beurteilen können, ob er Exekutionsanträge bezüglich der Forderungen mit Nutzen stellen kann (Mot. S. 426). Der Schuldner kann den Gläubiger nicht mit der Erklärung abspeisen, er besitze nichts. Ein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichnis ist die Vorbedingung zum Offenbarungseide. Das Gericht darf den Schuldner nicht zum Eide zulassen, ohne daß ein Verzeichnis vorliegt. Legt der Schuldner kein oder kein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichnis vor, so treten die Folgen der Verweigerung des Eides (§ 782) ein — man kann nicht ein nicht existierendes Verzeichnis eidlich bekräftigen.

5. Die Norm des Offenbarungseides ist rein assertorisch. Ein Versprechen der Anzeige von nachträglich ermittelten Vermögensstücken sowie die Verneinung fraudulöser Veräußerung ist nicht aufgenommen (Mot. S. 426). [Vgl. RG. Entsch. in StrS. VI S. 207.] Die Norm deckt auch die Verpflichtung zur Bezeichnung des Grundes und der Beweismittel der Forderungen.

Verletzung der Eidespflicht fällt unter StrGB. § 153, wenn fahrlässig unter StrGB. § 163. StrGB. § 162 ist nicht auf den Manifestationseid des § 711 anwendbar, weil dieser nicht promissorisch ist.

6. Für den nicht prozeßfähigen Schuldner hat dessen gesetzlicher Vertreter das Verzeichnis vorzulegen und den Eid zu leisten. Entsprechende Anwendung des § 435 Abs. 2 ist nicht vorgesehen und paßt auch nicht. [So auch Gaupp I S. 803, Francke S. 35, Friedländer S. 571, LG. Chemnitz Sächs. Arch. IV S. 369. AM. Krech S. 222].

7. Wegen des Verfahrens s. §§ 780—784.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 712.

Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.

Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 426, 427. KPr. S. 384, 571.

1. Die Motive bemerken: „Die mit der Pfändung nach § 709 eintretende Wirkung muß auf die Form der Ausführung derselben zurückwirken. Zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden Pfandrechts kann eine bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen bei dem Schuldner ebensowenig ausreichen, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht zugleich in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintritt. Wie zur Erwerbung des vertragsmäßigen Faustpfandrechts die Übergabe, so muß hier die Besitznahme als Erfordernis festgehalten werden. Die Mitteilung von dem Akte an den Schuldner ist für den Akt selbst, welcher für sich allein jede weitere Verfügung des Schuldners ausschließt, nebensächlich und nur durch die Rücksicht auf den Schuldner geboten. — Die Belassung der Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners kann dabei nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Erfordernis der Wirkung ist aber auch dann, daß zunächst die Besitznahme erfolgt, und

Digitized by Google

außerdem, daß dieselbe rechtlich charakterisiert, die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsame zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung noch die Fortdauer des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen. Das Anlegen der Siegel ist ein allgemein anerkanntes Zeichen der Pfändung (StrGB. § 136); andere Maßnahmen sind, wenn sie den Zweck erfüllen, nicht ausgeschlossen.

Die weiteren Vorschriften darüber, in welcher Weise der Gerichtsvollzieher mit den gefändeten Gegenständen bis zu deren Verkauf zu verfahren hat, bleiben der Instruktion für den Gerichtsvollzieher vorbehalten."

Vgl. preuß. GVO. § 33 und GA. f. GV. §§ 66, 68, 71.

Über den Begriff „Gewahrsam" s. Falkmann Ztschr. f. GV. III S. 176 ff., 182 ff. Im Gewahrsam des Haushaltungsvorstandes befinden sich alle in der Wohnung, dem Stalle, der Scheune, Werkstätte, dem Comptoir befindlichen Sachen, soweit sie nicht vom Dienstboten oder Aftermietern in den ihnen zugewiesenen oder abgemieteten Räumen untergebracht sind.

Die Worte „in demselben Falle" beziehen sich auf die beiden voranstehenden Alternativen. Ist die Pfändung der im Gewahrsam des Schulders belassenen Gegenstände nicht ersichtlich gemacht, so ist sie ungültig. [Vgl. RG. 3. März. 1883 SA. XXXVIII Nr. 286, OLG. Rostock SA. XLVII Nr. 251. Die Richtigkeit der in Entsch. d. RG. i. StrS. II Nr. 93, V Nr. 10 vertretenen Ansicht, daß die Unterlassung des Ersichtlichmachens den Thatbestand des StrGB. § 137 nicht ausschließe, kann hier dahingestellt bleiben, da das RG. ein Pfandrecht nicht annimmt.] Anheftung einer gesiegelten Anzeige an die offene Thür genügt nicht [RG. 18. Sept. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVI S. 718]. Über die Pfändung von Vieh vgl. OLG. Dresden in Ztschr. f. d. CPr. VI S. 518; wird dem Schuldner die Fütterung und Wartung aufgetragen, so ist keine gültige Pfändung vorgenommen; die Anlegung eines Siegels an die offen bleibende Stallthür bedeutet gar nichts. Durch das Signieren wird der Besitz ergriffen. Das Pfandrecht, das durch eine dem Abs. 2 des § 712 entsprechende Pfändung entsteht, ist also prinzipiell nicht von dem Pfandrechte bei Pfändung durch Wegnahme verschieden. [Vgl. Homeyer Haus- und Hofmarken S. 330, Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XII S. 1 ff., Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 115. AM. Bunsen Zwangsvollstr. S. 152].

Wurden die Vorschriften des § 712 nicht eingehalten, so liegt keine gültige Pfändung vor. Die Ungültigkeit wird auch nicht durch die Versteigerung gehoben [RG. 14. Dez. 1893 Entsch. XXXII Nr. 117 S. 420].

2. Bei der Pfändung tritt die Doppelstellung des GV. als Beamter und Beauftragter der Partei (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 674) hervor. Als Beamter hat er Vollstreckungsbefugnisse, die der Partei nicht zustehen; als Beauftragter der Partei erwirbt er den Besitz am Pfande für die vollstreckende Partei. [AM. die in Bem. Nr. 1 zu § 674 angeführten Schriftsteller, die ein Auftragsverhältnis zwischen der Partei und dem GV. in Abrede stellen; ferner Voß Arch. f. c. Pr. LXVI S. 173 ff., Bunsen Zwangsvollstreckung S. 151; vgl. a. Rudolph Jahrb. f. Dogm. XX S. 382 f.] Nach der hier vertretenen Ansicht stehen der Partei nicht bloß die zum Schutze des Pfandrechts, sondern auch die zum Schutze des Pfandbesitzes gewährten Klagen zu, er hat auch bei Entwendung der Pfandsachen die a. furti, bei Beschädigung die a. legis Aquiliae.

3. Über die Beendigung des durch die Pfändung entstandenen Pfandrechts enthält die CPrO. außer den allgemeinen Vorschriften über Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln

Digitized by Google

(§ 692) keine Bestimmungen. Daher sind die Regeln des bürgerlichen Rechts anwendbar. Das Pfandrecht erlischt hiernach durch Verzicht des Gläubigers, durch Untergang der Pfandsache, durch Verjährung, durch Konfusion, durch Erlöschen der Forderung, für die gepfändet worden ist, durch Verkauf der Pfandsache (vgl. jedoch § 718 Abs. 3), sowie durch Aufgeben des Besitzes von Seite des Gläubigers oder des Gerichtsvollziehers. Der Besitz wird aufgegeben, wenn die durch den GV. weggenommene Pfandsache dem Schuldner wieder zum Gewahrsam überlassen wird, ohne daß die Pfändung nach § 712 Abs. 2 ersichtlich gemacht wird [vgl. Voß Ztschr. f. GV. IV S. 75, Entsch. d. RG. in StrS. XVI S. 273]; desgleichen, wenn von einer nach § 712 Abs. 2 gepfändeten Sache die Zeichen, die die Pfändung ersichtlich machen, von dem Gläubiger oder GV. oder mit ihrer Erlaubnis entfernt werden. In solchen Handlungen kann sich der Wille, auf das Pfandrecht zu verzichten, äußern; aber auch ohne daß dieser Wille vorhanden ist, und selbst dann, wenn dabei erklärt wird, daß der Gläubiger sich seine durch die Pfändung erworbenen Rechte vorbehalte, erlischt das Pfandrecht durch das Aufgeben des zum Zwecke der Pfändung hergestellten Zustandes. Dagegen erlischt das Pfändungspfandrecht nicht dadurch, daß die Sache ohne Zustimmung des Gläubigers oder GV. dem GV. oder, wenn die Sache nach § 712 Abs. 2 gepfändet ist, dem Schuldner weggenommen wird, und ebensowenig dadurch, daß die die Pfändung ersichtlich machenden Zeichen von dem Schuldner oder einem Dritten zerstört oder durch irgend welche Ereignisse, z. B. Abfallen der Siegel, beseitigt werden. Der Pfandgläubiger kann in diesen Fällen sein Pfandrecht auch gegen den Drittbesitzer verfolgen (Pfandklage, Besitzklage), soweit nicht Bestimmungen über den Erwerb beweglicher Sachen oder über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. [Vgl. außer den Kommentaren Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. (3) S. 346, Falkmann Zwangsvollstr. S. 180, Kroschel Ztschr. f. d. CPr. XII S. 479 ff., Voß Ztschr. f. GV. IV S. 75, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 274, OLG. Kiel SA. XLIII Nr. 74. AM. bezüglich des unfreiwilligen Besitzverlustes Dernburg pr. PrR. I § 364a bei N. 13, OLG. Karlsruhe Ztschr. f. d. CPr. XI S. 317, Harries Bl. f. RPfl. i. Th. N. F. XVII S. 34 ff.]

4. Das Pfändungspfandrecht kann mit der Forderung übertragen werden.

5. Pfändung eines ideellen Anteils an einer Sache kann nicht nach § 712 sondern nur nach § 754 erfolgen. [Vgl. OLG. Kiel SA. XXXIX Nr. 72.]

§ 713.

Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.

Mot. S. 426, 427. KPr. S. 384, 571.

1. Sachen des Schuldners, die sich im Gewahrsam des Gläubigers befinden, können nach § 712 gepfändet werden. Werden die Sachen im Gewahrsam des Gläubigers belassen, so muß die Pfändung nach § 712 Abs. 2 ersichtlich gemacht werden.

2. Sachen des Schuldners, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, dürfen nur gepfändet werden, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist. Der Gläubiger kann den GV. zur Pfändung nach § 713 beauftragen, ohne sich vorher von der Bereitwilligkeit des Dritten zur Herausgabe überzeugt zu haben. Stößt der GV. auf Widerspruch, so ist dies zu protokollieren (preuß. GA. f. GV. § 72). Ist der Dritte zur Herausgabe bereit, so erfolgt die Pfändung nach § 712. Unter den Voraussetzungen des § 712 Abs. 2 können die Sachen im Gewahrsam des Dritten belassen werden; dann muß die Pfändung ersichtlich gemacht werden. — Mit der Gestattung der Pfändung von Seite des Inhabers kann ein

Digitized by Google

Verzicht auf ein Pfand- oder Vorzugsrecht verbunden sein; aber die Gestattung ist auch ohne einen solchen Verzicht möglich. Liegt kein Verzicht vor, so kann der Dritte, wenn ihm ein Widerspruchsrecht nach § 690 oder ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nach § 710 zusteht, diese Rechte noch geltend machen, nachdem er die Pfändung gestattet hat; vgl. Bem. Nr. 2 litt. c zu § 690 und Bem. Nr. 3 zu § 710.

Ist der Dritte nicht zur Herausgabe bereit, so soll der GV. die Pfändung nicht vollziehen. Pfändet er trotz Widerspruchs, so kann der Dritte Einwendungen nach § 685 bei dem Vollstreckungsgerichte erheben; er kann aber auch, wenn die Voraussetzungen des § 690 oder des § 710 vorliegen, Widerspruchsklage oder Klage auf vorzugsweise Befriedigung erheben; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 4 zu § 685. Die Respektierung der Detention kommt auch dem Besitzer in bösem Glauben, sowie demjenigen zugut, an welchen der Schuldner die Sache in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, pfandweise oder sonstwie überlassen hat; die Sache muß dem Inhaber erst wieder abgestritten werden, ehe sie gepfändet werden kann.

Auch Sachen, die sich im gemeinsamen Gewahrsam des Schuldners und eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten befinden, dürfen nicht gepfändet werden. [Vgl. Nessel Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 105, OLG. Jena SA. XL Nr. 79, Falkmann Ztschr. f. GV. III S. 182.]

3. In den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sachen erfolgt die Zwangsvollstreckung nach §§ 745 ff.

4. Die Beschränkungen, die HGB. Art. 446 bezüglich der Beschlagnahme von Gütern an Bord eines segelfertigen Schiffes aufstellt, bleiben nach EG. § 13 Abs. 1 in Geltung.

§ 714.

Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen.

Mot. S. 430, 431. KPr. S. 384—387, 571.

1. Die Pfändung von fructus pendentes (Pfändung von Früchten auf dem Halme, die saisie-brandon des Code de proc. art. 626 ff.) ist durch § 714 auch für Rechtsgebiete, in denen sie bisher nicht zulässig war, eingeführt [vgl. KPr. S. 386, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 311]. Im gemeinen Rechte war die Zulässigkeit dieser Pfändung bestritten. [Irrtümlich behauptet Endemann III S. 218 N. 1, sie sei durch RPO. v. 1577 verboten.] Nach der römisch-rechtlichen Anschauung sind fructus pendentes Bestandteile der fruchttragenden Sache, nicht selbständige Sachen, könnten daher nur mit dem Grundstücke Gegenstand der Vollstreckung sein. Daß die römischrechtliche Anschauung durch deutsches Gewohnheitsrecht verdrängt worden sei, wurde behauptet [Litt. s. bei Windscheid Pand. (5) I § 233 N. 5a], ist aber nicht nachgewiesen. Die CPrO. bricht mit der römischrechtlichen Auffassung und behandelt die Früchte trotz ihrer Verbindung mit der unbeweglichen Sache in betreff der Exekution als selbständige bewegliche Sachen, schließt aber nicht aus, daß die Früchte mit dem Grundstücke der Immobiliarexekution unterliegen. Näheres hierüber s. Bem. Nr. 1 zu § 708.

Landesgesetzliche Bestimmungen über die Rechte der Hypothek- oder Grundschuldgläubiger auf die Früchte der verpfändeten Sache werden durch § 714 nicht berührt. Vgl. dazu Bem. Nr. 1 zu § 708.

2. Die Pfändung von fructus pendentes ist nicht möglich, wenn sich die fructus pendentes im Gewahrsam eines Dritten befinden, der nicht zur Herausgabe bereit ist. Daher dürfen z. B. in einer gegen den Eigentümer gerichteten Vollstreckung Früchte auf

Digitized by Google

verpachteten, in der Detention des Pächters befindlichen Gütern nicht gegen dessen Willen gepfändet werden [RG. 18. März 1887 Entsch. XVIII Nr. 18 S. 368]. Dagegen kann der Käufer von Früchten, die noch nicht vom Boden getrennt sind, die Pfändung nicht hindern und nicht Widerspruchsklage nach § 690 erheben, da er nicht Detentor ist [RG. a. a. O. S. 366]. — Andererseits ist die Pfändung von fructus pendentes nicht bloß gegen den Eigentümer des Grundstücks, sondern auch gegen jeden anderen Bezugsberechtigten zulässig, wenn dieser der Schuldner ist, also z. B. gegen den Pächter oder Nießbraucher. [So auch Struckm. Koch N. 6, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 432 bei N. 10, Petersen (2) S. 994, Francke Ztschr. f. d. CPr. V S. 211 f., RG. a. a. O. S. 368. AM. v. Sarwey II S. 191].

3. Das Pfandrecht an den fructus pendentes entsteht durch Besitzergreifung; diese ist irgendwie, z. B. durch Anbringung von Tafeln, Plakaten, Pfählen ꝛc., ersichtlich zu machen. Näheres bestimmen die Geschäftsanweisungen (vgl. preuß. GA. f. GV. § 83 Abs. 2 u. 3).

4. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Reifezeit geschehen (vgl. preuß. AG. f. GV. § 83 Abs. 4). Die verfrühte Pfändung ist aufzuheben, wenn der Schuldner Einwendungen nach § 685 geltend macht; aber nichtig ist sie nicht. [So auch Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 433. AM. v. Sarwey II S. 192; vgl. a. bay. ob. LG. SA. XXXIX Nr. 275, wo angenommen wird, daß die verfrühte Pfändung noch im Teilungsverfahren von einem beteiligten Gläubiger angefochten werden könne.]

5. Unter Früchten im Sinne des § 714 ist Holz nicht zu verstehen; dies folgt schon daraus, daß bei Holz nicht von einer Reifezeit die Rede sein kann. [Vgl. Entsch. d. RG. in StrS. II S. 696, III S. 174.] Ungeschlagenes Holz kann nur nach den Regeln der Immobiliarexekution beschlagnahmt werden. Holznutzungsrechte können nach § 754 gepfändet werden.

5. Wegen der Aberntung und des Verkaufs der Früchte s. § 725.

§ 715.

Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1) die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Küchengerät, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;
2) die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
3) eine Milchkuh oder nach der Wahl des Schuldners statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalte und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Tiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;
4) bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern, sowie bei Hebammen die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;
5) bei Personen, welche Landwirtschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Gerät, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nötigen Dünger, sowie die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind;
6) bei Offizieren, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffent-

Digitized by Google

lichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwälten, Notaren und Ärzten die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs erforderlichen Gegenstände, sowie anständige Kleidung;

7) bei Offizieren, Militärärzten, Deckoffizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile des Diensteinkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;

8) die zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Waren;

9) Orden und Ehrenzeichen;

10) die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder Schule bestimmt sind.

Mot. S. 427, 428. KPr. S. 387—391, 571, 716—718.

1. Da die Pfändung eine Veräußerung bezweckt, so können Sachen, die der Schuldner nicht veräußern kann, nicht gepfändet werden. Daher ist z. B. die Pfändung von Sachen, die zum unveräußerlichen Stammvermögen eines Familienfideikommisses gehören, unzulässig. [Vgl. RG. 10. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 119 S. 388.]

2. a) Die Beschränkungen der Pfändung in § 715 und § 749 sind nicht bloß aus Billigkeitsrücksichten für den Schuldner, sondern auch im öffentlichen Interesse aufgestellt. In den Fällen der Nr. 6—9 liegt das öffentliche Interesse klar zu Tage, aber auch in den Fällen der Nr. 1—5 und 10 ist es vorhanden, der Staat bietet nicht die Hand zur Zerstörung des Nahrungsstandes des Schuldners, weil der Gesamtheit dadurch Gefahr droht. § 715 enthält daher (wie auch § 749) absolutes Recht; der Schuldner kann auf keine der Pfändungsbeschränkungen rechtswirksam verzichten, er kann sie auch durch Vertrag nicht ausschließen (nordd. Prot. IV S. 2023). [Vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 459 ff.] Das „unentbehrlich-sein" (Nr. 1, 3—5, 8), „erforderlich-sein" (Nr. 2, 6) ist jedoch eine relative Eigenschaft. Bezeichnet der Schuldner selbst einen Gegenstand, der als eine der in Nr. 1—6, 8 eximierten Sachen in Frage kommen könnte, als „entbehrlich" oder „nicht erforderlich" — was übrigens aus dem bloßen Unterlassen eines Widerspruchs gegen den Pfändungsversuch noch nicht zu folgern ist — so muß der Gerichtsvollzieher den betreffenden Gegenstand pfänden. Thatsächlich kann also der Schuldner die Nichtanwendung des § 715 herbeiführen. Darin liegt jedoch so wenig ein bindender Verzicht auf die Exemptionen des § 715, daß der Schuldner dadurch nicht einmal gehindert wäre, Einwendungen im Wege des § 685 geltend zu machen [vgl. Hellmann Lehrb. S. 862]. Freilich kann das Gericht bei Würdigung der Frage, ob der gepfändete Gegenstand zu den eximierten gehört, die eigene Erklärung des Schuldners verwerten; immerhin könnte das Gericht die Erklärung für irrtümlich erachten und die Pfändung aufheben. Daraus, daß der Schuldner die eximierten Sachen veräußern und zum Faustpfand geben könnte, folgt nicht, daß sie mit seiner Zustimmung pfändbar sind. Der Staat bietet eben nicht Hand dazu, daß seine Beamten den Schuldner bis aufs Hemd ausziehen, wenn er auch nicht verhindern kann, daß der Schuldner dies mit eigenen Händen thue. In der JK. d. RT., KPr. S. 716—718, wurde speziell in Bezug auf Nr. 5 behauptet, daß bei Einwilligung des Schuldners die Pfändung erfolgen dürfe. Wollte damit mehr behauptet werden, als daß der Schuldner thatsächlich die Pfändung herbeiführen könne, so wäre die Behauptung unrichtig. Vgl. Hellmann Lehrb. S. 862, Falkmann Zwangsvollstr. S. 199,

Digitized by Google

Cretschmar a. a. O. Abweichende Ansichten: Gaupp II S. 434 bei N. 2 hält Verzicht auf alle Exemptionen für wirksam; Endemann III S. 224 hält die Pfändung für zulässig, bis Widerspruch erfolgt; Petersen (2) S. 998 läßt Verzicht auf die Exemptionen Nr. 1—8, 10 zu, aber nicht durch Vertrag; Wilm. Levy N. 1 lassen Verzicht auf die Beschränkungen der Nr. 1—5, 10 zu: A. Förster auf die Exemptionen Nr. 1—6, 8—10, aber nicht durch Vertrag; vgl. a. OLG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 414. Zwischen den beiden Extremen ist kein Halt, entweder muß der Verzicht allgemein, dann aber auch durch Vertrag, zulässig — oder überall unwirksam sein.

b) Der Schuldner kann wegen Verletzung der Vorschriften des § 715 Einwendungen nach § 685 erheben [RG. 10. Febr. 1886 Entsch. XVI Nr. 71 S. 320], aber der GV. darf Sachen, die er einmal gepfändet hat, nicht ohne Zustimmung des Gläubigers oder Gerichtsbeschluß freigeben [RG. 9. Mai 1887 Entsch. XVIII Nr. 87 S. 392]. Das Pfandrecht, das durch die Pfändung eximierter Sachen entsteht, ist als ungültig zu erklären, sobald der Schuldner dagegen reagiert (§ 685); aber doch erst, wenn dies geschieht. Auf demselben Wege (§ 685) kann der Gläubiger die Entscheidung des Gerichts veranlassen, wenn er glaubt, daß der GV. in irriger Anwendung des § 715 eine Pfändung unterlassen habe.

c) Die Beschränkungen des § 715 finden gegenüber allen Arten von Forderungen Anwendung. Den in § 749 Abs. 4 bezeichneten Alimentenforderungen gegenüber ist arg. § 715 Nr. 7 ad vv. „dem der Pfändung nicht unterworfenen Teile" kein Geldbetrag der Pfändung entzogen. — § 715 hat keinen Bezug auf Konventional- und gesetzliche Pfandrechte. Aber im Wege gerichtlicher Zwangsvollstreckung kann auch ein solches Pfandrecht an diesen Sachen nicht realisiert werden. [Vgl. Cretschmar Arch. f. c. Pr. LXVI S. 445, Frommhold Mag. f. d. DR. VIII S. 107 ff., RG. 20. Aug. 1887 Entsch. XVIII Nr. 100 S. 429 ff. — AM. Eck das gesetzl. Pfand- und Vorzugsrecht des Vermieters ꝛc. (Festg. f. Gneist, Berlin 1888); dagegen Bolze Ztschr. f. d. CPr. XV S. 96 ff.] — Durch bay. Ges. v. 18. Dez. 1887 (G.- u. VBl. S. 295) Art. 1 sind die in § 715 Nr. 1—4, 6, 7, 9, 10 bezeichneten Sachen, durch preuß. Ges. v. 12. Juni 1894 (GS. S. 113) sind alle unpfändbaren Sachen dem gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechte des Vermieters entzogen.

3. Zu Nr. 1 und 2: „Familie" sind die mit dem Schuldner thatsächlich in Familiengemeinschaft lebenden Angehörigen (vgl. Code de proc. art. 592 Nr. 2), auch nichtverwandte. — „Gesinde" sind die zu häuslichen und wirtschaftlichen Zwecken gemieteten, in der Familie lebenden Dienstboten, nicht Taglöhner, Gesellen, Lehrjungen, Handlungsgehülfen, Hauslehrer ꝛc.

4. Zu Nr. 4: „Künstler" sind Personen, die eine Kunst zum Erwerbe ausüben, natürlich auch Musiker [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 73 und XLI Nr. 316] und Schauspieler. — Nur die zur persönlichen Ausübung des Berufs, nicht auch die für Gehülfen ꝛc. erforderlichen Gegenstände, aber nicht bloß eigentliche Werkzeuge, sondern auch sonstige unentbehrliche Gegenstände, z. B. die Garderobe der Schauspielerin, das Instrument des Musikers, sind unpfändbar (KPr. S. 388). Der Umstand, daß der Künstler, Handwerker ꝛc. die Kunst, das Gewerbe ꝛc. zeitweilig nicht betreibt, beseitigt die Exemption noch nicht. [Vgl. Falkmann Zwangsvollstr. S. 194, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 521 u. SA. XLIV Nr. 293, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 485. Dagegen Schultzenstein eod. S. 486 ff.]

5. Zu Nr. 5: Die Motive bemerken: „Die aufgestellte Beschränkung ist nicht eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung überhaupt, sondern nur eine Beschränkung der Pfändung beweglicher Sachen; als Zubehör des Grundstücks unterliegen die fraglichen Gegenstände mit diesem der Zwangsvollstreckung. Die Vorschrift der Nr. 5 ist auch

Digitized by Google

anwendbar auf die Pfändung von fructus pendentes (§ 714), soweit diese zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind."

Die Beschränkung kommt nicht bloß demjenigen, welcher auf eigenem Grund und Boden die Landwirtschaft betreibt, sondern auch dem Pächter zugut.

Im Konkurse gilt die Beschränkung der Nr. 5 nicht (KO. § 1 Abs. 3).

6. Zu Nr. 6: „Offizieren" s. Anl. A Nr. 1 z. MStrGB. v. 20. Juni 1872, Bem. Nr. 2 z. EPrO. § 343. — „Beamten" s. StrGB. § 369 und Bem. Nr. 2 z. EPrO. § 341. — „Geistlichen" s. StrGB. §§ 130a, 174 Nr. 1, 182 Nr. 2. — „Rechtsanwälten" s. RAO. §§ 20, 24. — Aus den Worten: „zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufs" folgt, daß sich Nr. 6 nicht auf definitiv pensionierte Offiziere und Beamte bezieht. Die Uniformen und Ausrüstungsgegenstände der Reserve- und Landwehroffiziere sowie der zur Disposition gestellten Offiziere können natürlich ebensowenig gepfändet werden, als die der Offiziere der Linie. — Zu den nach Nr. 6 eximierten Gegenständen können auch Bücher gehören (Mot. S. 428).

7. Zu Nr. 7: Vgl. Bem. Nr. 5, dann § 749 Nr. 8, Abs. 2 und 4.

8. Zu Nr. 8: Im Konkurse gilt diese Beschränkung nicht (KO. § 1 Abs. 3).

9. Zu Nr. 9: Nur die Originale, nicht Doubletten und Miniaturorden sind eximiert. Über die Pfändbarkeit des Traurings s. Ztschr. f. GV. III S. 63 ff.

10. Von der Pfändung ausgenommen sind ferner nach RG. über das Postwesen vom 28. Okt. 1871 (RGBl. S. 347) § 20 das Inventarium der Posthaltereien (vgl. jedoch KO. § 1 Abs. 3) und nach RG. v. 3. Mai 1886 (RGBl. S. 131) die Fahrbetriebsmittel der Eisenbahnen, welche Güter oder Personen im öffentlichen Verkehre befördern, von der ersten Einstellung in den Betrieb bis zur endgültigen Ausscheidung aus den Beständen; Fahrbetriebsmittel ausländischer Eisenbahnen, soweit die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Nach Erkl. d. Reichsk. v. 17. März 1887 (RGBl. S. 153) ist in Österreich-Ungarn die Gegenseitigkeit verbürgt. — Nach Art. 23 Abs. 5 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 (RGBl. 1892 S. 793) kann das rollende Material der Eisenbahnen mit Einschluß sämtlicher beweglicher, der betreffenden Eisenbahn gehörigen Gegenstände, welche sich in diesem Material vorfinden, in dem Gebiete eines anderen Staates als desjenigen, welchem die betreffende Eisenbahn angehört, weder mit Arrest belegt noch gepfändet werden, außer in dem Falle, wenn der Arrest oder die Pfändung auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates erfolgt, dem die betreffende Eisenbahn angehört. — Handelsbücher sind nicht Gegenstand der Pfändung wegen HGB. Art. 33. Auch Manuskripte, deren Wert in der Ausübung des Urheberrechts zur Erscheinung kommt (im Gegensatze zu Autographensammlungen, alten Handschriften u. dgl.), sind nicht pfändbar (nordd. Prot. S. 2022). Wegen Pfändung der Urheberrechte s. § 754. — Wegen Mangels eines Verkaufswerts sind Urkunden mit Ausnahme von Wertpapieren (s. § 722 ff.), Wechseln und anderen indossablen Papieren (§ 732) von der Pfändung ausgeschlossen.

§ 716.

Die gepfändeten Sachen sind von dem Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern, Kostbarkeiten sind vor der Versteigerung durch einen Sachverständigen abzuschätzen.

Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

Mot. S. 429. KPr. S. 368—370, 391, 392, 571.

Digitized by Google

1. Die CPrO. entscheidet nicht, ob der Gerichtsvollzieher bei der Veräußerung als Vertreter des Gläubigers oder des Schuldners handle (Mot. S. 429). Die Frage ist daher nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten. Vom Standpunkte des gem. Rechts ist die Antwort keine sichere. Nur das ist zweifellos, daß der Gläubiger, abgesehen von den Fällen der wissentlichen Veräußerung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache und der ausdrücklichen Haftungsübernahme, dem Erwerber nicht für Eviktion haftet (l. 11 § 16 D. de a. e. v. 19, 1; l. 10 D. de distr. pign. 20, 5; l. 1, 2 C. cred. ev. n. d. 8, 45, Windscheid Pand. I § 237 bei N. 22; vgl. a. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 385) und daß der Erwerber im Eviktionsfalle von dem Schuldner die Erstattung des Preises verlangen kann (l. 74 § 1 D. de evict. 21, 2; l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5). Man schließt häufig daraus, daß die Veräußerung des Pfandes in Vertretung des Schuldners erfolge. Der Schluß ist aber kein zwingender; denn jene Sätze sind nicht unverträglich mit der Annahme, daß der Gläubiger kraft eines vom Schuldner abgeleiteten eigenen Rechts veräußere. Über diese Frage vgl. Windscheid I § 233 N. 3, 4 § 237 N. 17, II § 422 N. 4d und Riehl Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 37 ff. Wegen des preuß. Rechts s. Dernburg pr. PrR. I § 358, Eccius Förster pr. PrR. III § 194; die Eviktion ist nach ALR. I 15 § 42 im Falle einer öffentlichen Versteigerung ausgeschlossen.

2. Zu Abs. 1: Abgeschätzt werden die gepfändeten Sachen nur, wenn es Kostbarkeiten, z. B. Gold- und Silbersachen, Edelsteine, Perlen, wertvolle Gemälde, Antiquitäten ꝛc., sind. Übrigens ergiebt § 708, daß der GV. bei jeder Pfändung den Wert überschlagen muß (vgl. preuß. GA. f. GV. § 76 Abs. 6). — Wegen Bezahlung der Sachverständigen s. GO. f. GV. § 16; wegen der Gebühr des GV. eod. § 12 Nr. 1.

3. Zu Abs. 2: a) Über den Begriff „Geld" vgl. Koch in Ztschr. f. d. CPr. III S. 367 ff. und in Endemanns Handb. d. HR. II S. 113 ff. Vgl. auch Goldschmidt Handb. d. HR. I 2 S. 1060 ff., Hasner Ztschr. f. Pr. u. d. R. VII S. 1 ff. Nicht bloß Münzen in Reichswährung (z. Z. einschließlich der Thaler, Münzgesetz v. 9. Juli 1873 Art. 15, 16), sondern auch Reichskassenscheine und Noten der inländischen Banken sind als Geld im Sinne des § 716 zu behandeln. Ausländische Münzen und Wertzeichen sind kein „Geld". Wie aber der Gläubiger selbst ausländische Münzen statt Geldes annehmen kann, so kann auch der GV. kraft seiner gesetzlichen Ermächtigung zum Zahlungsempfange solche nach Kurs als Zahlungsmittel annehmen. In diesem Falle ist § 716 Abs. 2 anwendbar. Andernfalls sind die ausländischen Münzen ꝛc. Pfandobjekt und nach §§ 716 Abs. 1, 721 oder 722 zu verwerten.

b) Die Motive bemerken: „Die Befugnis des Gerichtsvollziehers zur Empfangnahme der schuldigen Leistung an Stelle des Gläubigers giebt sowohl der Wegnahme von Geld im Wege der Pfändung als der Empfangnahme des Auktionserlöses den Charakter der Zahlung von seiten des Schuldners; im ersteren Falle fällt naturgemäß die als Regel festgestellte Wirkung der Pfändung, das Pfandrecht, hinweg — §§ 675, 716 Abs. 2, 720. Dieses Moment ist wichtig, weil mit demselben die Gefahr des fraglichen Geldes auf den Gläubiger übergeht und namentlich die Anschlußpfändung ausgeschlossen wird (norbd. Prot. IV S. 2026). Im übrigen entscheidet die Prozeßordnung nur über den Erfolg der Liberation Schuldners; der Entscheidung der Fragen, ob etwa diese Zahlung als eine vom Schuldner geleistete angefochten werden kann oder ob der Schuldner der Verkäufer der versteigerten Gegenstände ist, soll nicht vorgegriffen werden."

Vgl. auch KPr. S. 392 und Anl. K z. Prot. der 164. Sitzung.

Weil die Pfändung von Geld gleich Zahlung ist, ist sie nicht nach KO. § 23 Nr. 2 anfechtbar [RG. 11. Dez. 1883 SA. XXXIX Nr. 177].

c) Die Wegnahme von Geld gilt nicht als Zahlung, wenn dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsstellung oder Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden (§ 652

Digitized by Google

Abs. 2); das gepfändete Geld ist zu hinterlegen (§ 659). — Die Ausnahme bezieht sich nicht auf die Fälle, in denen nach § 647 Abs. 1, 657, 668 Abs. 2, 685 Abs. 1, 688 Abs. 1 dem Schuldner oder nach § 690 Abs. 3 einem Dritten nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung die Einstellung der Vollstreckung zu bewirken. Über die Verschiedenheit dieser Fälle von dem Falle des § 652 Abs. 1 s. Bem. Nr. 2 zu § 659. Ebensowenig bezieht sich die Ausnahme auf die Hinterlegung nach §§ 710 Abs. 3, 728 Abs. 2. In allen diesen nicht ausgenommenen Fällen bleibt es bei der Regel: die Wegnahme des Geldes gilt als Zahlung. Konsequenzen davon s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709 und Bem. Nr. 3 zu § 728. — Wegen Hinterlegung bei Arrestvollziehung s. § 810 Abs. 2; hier gilt die Wegnahme nicht als Zahlung.

§ 717.

Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnismäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen.

Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

Mot. S. 429. KPr. S. 393, 394, 571.

1. Zu Abs. 1: Vgl. preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 4. Verletzung der Vorschriften des Abs. 1 macht die Versteigerung nicht ungültig; der Schuldner kann gegen deren vorzeitige Ansetzung Einwendung erheben (§ 685). Der Gläubiger und der Schuldner können auch wegen Verzögerung der Versteigerung Anträge nach § 685 stellen.

2. Zu Abs. 2: Der GV. kann auf Schadensersatz belangt werden, wenn er nicht am richtigen Orte versteigerte [RG. 23. Okt. 1893 Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 499].

3. Zu Abs. 3: Die Bekanntmachung kann durch öffentliche Blätter, Ausschellen, Anschlag ꝛc. erfolgen. Vgl. preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 4—6. Wegen der Gebühr s. GO. f. GV. § 12 Nr. 5.

4. Besondere Mitteilung des Versteigerungstermins an den Gläubiger oder Schuldner schreibt das Gesetz nicht vor (vgl. KPr. S. 393, 394). Die Mitteilung kann reglementarisch vorgeschrieben werden (preuß. GA. f. GV. § 77 Abs. 2). Die Gültigkeit der Versteigerung hängt auch dann nicht von der Mitteilung ab.

§ 718.

Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen bare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meist-

Digitized by Google

bietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

Mot. S. 429. KPr. S. 394, 571.

1. Zu Abs. 1: a) Eine Versteigerung ist entweder ein Vertragsanerbieten an denjenigen, welcher die besten Bedingungen stellt; dann kommt durch jedes Gebot ein Vertragsschluß unter der aufschiebenden Bedingung zu stande, daß nicht von einem anderen ein besseres Gebot erfolge, der Meistbietende hat ein Recht auf den Zuschlag. Oder die Versteigerung ist eine Aufforderung zu Offerten; dann kann der Meistbietende nicht verlangen, daß ihm der Zuschlag erteilt werde, der Vertrag kommt erst durch den Zuschlag zum Abschlusse. Dabei entsteht dann die weitere Frage, ob der Versteigerer den Zuschlag jedem Bietenden oder nur dem Meistbietenden erteilen kann [vgl. Windscheid Pand. II § 308 Nr. 2; daselbst Note 10 die Litteratur]. Ob die Versteigerung in dem einen oder dem anderen Sinne erfolgt, ist nach den Versteigerungsmodalitäten zu entscheiden. Im Zweifel ist anzunehmen daß sie im zweiten Sinne erfolge. [Vgl. Windscheid a. a. O. N. 16, Entw. I e. BGB. § 90 u. Mot. I S. 177, Entw. II § 126.] In § 718 darüber nicht entschieden [vgl. Eccius (Förster) pr. PrR. II § 130 IIc, Mandry der civilrechtl. Inh. ꝛc. (3) S. 399]; aber durch die Bestimmung, daß der Zuschlag an den Meistbietenden erfolge, ist die Zulässigkeit eines Zuschlags an andere Bieter und damit wohl auch deren Gebundenheit ausgeschlossen. [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 f., Gaupp II S. 442 bei N. 7, Petersen (2) S. 1004 u. a., die annehmen, daß nach § 718 Abs. 1 der Meistbietende ein Recht auf den Zuschlag habe.]

b) Die Wirkung des Zuschlags ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach dem gem. Rechte erlangt der Erwerber das Eigentum nur, wenn der Schuldner Eigentümer war. Anders nach dem preuß. ALR. I 11 § 342; vgl. Dernburg pr. PrR. I § 188 Z. 1, Eccius Förster pr. PrR. II § 130e.

2. Zu Abs. 2: Weder der Gläubiger noch der Schuldner kann einseitig die Stundung des Preises bewilligen. Aber das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag einer Partei mit oder ohne Zustimmung des Gegners anordnen, daß die Ablieferung unter Stundung des Preises erfolge (arg. § 726). Bewilligen beide Parteien die Stundung, so darf der GV. die Sache ohne bare Zahlung abliefern. Daß in der JK. d. RT. ein Antrag, dies im Gesetze auszusprechen, abgelehnt wurde (KPr. S. 394), steht nicht im Wege. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 442 bei N. 10, preuß. GA. f. GV. § 73, § 75 Abs. 3, bay. Dienstvorschr. f. GV. § 48. AM. A. Förster N. 5, Eccius Förster pr. PrR. II § 130 N. 34.]

3. Zu Abs. 3: Die zweite Versteigerung kann sich nach Umständen an die erste anreihen. Ein Mehrerlös gehört dem Gläubiger und, soweit er nicht zu dessen Befriedigung erforderlich ist, dem Schuldner. Der erste Käufer haftet sowohl dem Gläubiger als dem Schuldner für den Ausfall.

4. Nach den Landesgesetzen ist zu beurteilen, ob der GV. und ob der Schuldner mitbieten darf. Vgl. pr. ALR. I 11 §§ 22 ff., bay. AG. z. CPrO. Art. 23, württ. AG. z. CPrO. Art. 31, 32, preuß. GA. f. GV. § 75 Abs. 3; Entw. I e. BGB. § 468, Entw. II § 395.

5. Wird kein Gebot gelegt, so ist zunächst vom GV., eventuell auf Antrag einer Partei (§ 685) vom Vollstreckungsgerichte nach den Umständen zu ermessen, ob eine weitere Versteigerung voraussichtlich zu einem anderen Ergebnisse führen wird oder nicht. Wird keine weitere Versteigerung und auch keine andere Art der Verwertung (§ 726) versucht, so sind die Sachen dem Schuldner pfandfrei zurückzugeben (arg. § 708 Abs. 2). Auf Überlassung an Zahlungsstatt hat der Gläubiger kein Recht.

Digitized by Google

§ 719.

Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht.

Mot. S. 429. KPr. S. 394, 571.

Vgl. preuß. GA. f. GV. § 78 Abs. 7.

§ 720.

Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden.

Mot. S. 429. KPr. S. 368—370, 394, 571.

Vgl. Bem. Nr. 3 litt. b und c zu § 716. Wegen Hinterlegung bei Arrestvollstreckung s. § 810 Abs. 2, 3.

§ 721.

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden. Wird ein den Zuschlag gestattendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus freier Hand zu dem Preise bewirken, welcher den Gold- oder Silberwert erreicht.

Mot. S. 429, 430. KPr. S. 394, 571.

Die Motive bemerken: „Gold- und Silbersachen stehen in ihrem Metallwerte dem Gelde so nahe, daß eine Versteigerung unter demselben nicht zulässig erscheint. Die Veräußerung zu diesem Werte schließt auch die Übernahme durch den Gläubiger ein."

Vgl. auch preuß. GA. f. GV. § 80 Abs. 2—4.

§ 722.

Gepfändete Wertpapiere sind, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen und, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, nach den allgemeinen Bestimmungen zu versteigern.

Mot. S. 429, 430. KPr. S. 394, 571.

1. In den Entwürfen stand statt „Wertpapiere" Papiere auf den Inhaber. Der jetzige Ausdruck umfaßt auch Papiere auf den Namen (KPr. S. 394). Wegen des Begriffs „Wertpapiere" — s. Bem. Nr. 2 zu § 101. Wegen der Wechsel s. Bem. Nr. 3 zu § 732. Das Charakteristikum des Wertpapiers in Ansehung der Zwangsvollstreckung besteht darin, daß sein wirtschaftlicher Wert durch Verkauf, nicht durch Einziehung der Forderung, zu realisieren ist. [Vgl. RG. 12. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 111 S. 375.] Daher kann keine Überweisung nach § 736 erfolgen. Über die Frage, ob Grundschuldbriefe Wertpapiere im Sinne des § 722 sind, vgl. Voß Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 824 ff. — Wegen Pfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch eingetragen sind, s. RG. betr. das Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) § 7.

2. „Börsen- oder Marktpreis" — vgl. HGB. Art. 311, 343, 353, 357, Bankgesetz § 20, KO. § 16. Hat ein Papier einen Börsen- oder Marktpreis, so bedarf es nicht der Wertsermittelung durch Versteigerung. Auch der Gläubiger kann das Papier zum Tageskurse übernehmen. Über die Ermittelung des Tageskurses s. preuß. GA. f. GV. § 81 Abs. 5.

§ 723.

Lautet ein Wertpapier auf Namen, so kann der Gerichtsvollzieher durch

Digitized by Google

das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

KPr. E. 394—396, 571, 718.

1. § 723 handelt von Wertpapieren, die auf den Namen gestellt sind. Ist die Umschreibung zur Legitimation des Erwerbers nötig, so gehört sie zur Vollstreckung. Verweigert der Schuldner seine Mitwirkung, so wird der GV. auf Antrag vom Vollstreckungsgerichte ermächtigt, bei der zuständigen Stelle (HGB. Art. 318, Reichsb.Stat. § 4) die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken. Der § 723 findet auch Anwendung, wenn nur die Umschreibung auf dem Papiere selbst oder die Indossierung des Wertpapiers (im Gegensatze zu indossablen Forderungspapieren vgl. § 732) nötig ist.

2. Wegen der Gebühren in den Fällen der §§ 723, 724 s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 in d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. § 23 Nr. 2, 31; GO. f. GV. §§ 12 Nr. 8, 13 Nr. 6.

§ 724.

Ist ein Inhaberpapier durch Einschreibung auf den Namen oder in anderer Weise außer Kurs gesetzt, so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

Mot. E. 430. KPr. E. 394—396, 571, 718.

1. § 724 handelt von Wertpapieren, die ursprünglich auf den Inhaber lauteten, aber durch Einschreibung auf den Namen (sog. Vinkulierung) oder in anderer gesetzlicher Weise ihrer Eigenschaft als Inhaberpapiere entkleidet sind. Die Bem. Nr. 1, 2 zu § 723 finden hierher entsprechende Anwendung.

2. Nach dem pr. ALR. I 15 § 48 ist die Außerkurssetzung durch Privatvermerk gestattet. Ebenso nach dem gem. Rechte [vgl. Stobbe DPrR. III S. 214, RG. 19. März 1881 Entsch. IV Nr. 41 S. 140 ff.]. Wegen der Wiederinkurssetzung vgl. preuß. ALR. I 15 §§ 50, 51, preuß. Ges. v. 16. Juni 1835 (GS. S. 133) und v. 4. Mai 1843 (GS. S. 177), VO. v. 16. Aug. 1867 (GS. S. 1451).

§ 725.

Die Versteigerung gepfändeter, von dem Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung bewirken zu lassen.

Mot. E. 430, 431. KPr. E. 396, 571.

Der Verkauf vor der wirklichen Reife ist nicht gestattet, weil die dem Käufer zur Last fallende Gefahr den Preis unverhältnismäßig herabdrücken würde. — Ob die Versteigerung vor oder nach der Trennung der Früchte geschehen soll, hat zunächst der Gläubiger zu bestimmen. Der Schuldner kann darüber eine gerichtliche Entscheidung provozieren (§ 685). Damit der Gerichtsvollzieher die Aberntung auch durch den Schuldner selbst bewirken lassen könne, wurden die im Entw. III enthaltenen Worte „durch einen Dritten" vor „bewirken" in der JK. d. RT. gestrichen. — Wegen der Gebühren s. GO. f. GV. § 7.

§ 726.

Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht anordnen, daß die Verwertung einer gepfändeten Sache in anderer

Digitized by Google

Weise oder an einem anderen Orte, als in den vorstehenden Paragraphen bestimmt ist, stattzufinden habe oder daß die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorzunehmen sei.

KPr. E. 396, 571.

1. „Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners" — nicht des Gerichtsvollziehers. — „In den vorstehenden Paragraphen" — sc. §§ 716 Abs. 1, 717, 718 721, 722, 725. Die §§ 716 Abs. 2, 720, 723, 724 enthalten keine Vorschriften über die Art und Weise oder über den Ort der Verwertung. — Es kann z. B. Verkauf aus freier Hand angeordnet werden. — „Durch eine andere Person" — z. B. durch einen Auktionator. Wegen des Verfahrens s. § 684 Abs. 3 und Bem. Nr. 3 dazu. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 59 i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

2. Wird dem GV. nachgewiesen, daß sich beide Parteien über ein von den gesetzlichen Vorschriften abweichendes Veräußerungsverfahren einigten, so darf er auch ohne gerichtliche Anordnung danach verfahren.

§ 727.

Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt.

Ist die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist diesem eine Abschrift des Protokolls zuzustellen.

Der Schuldner ist von der weiteren Pfändung in Kenntnis zu setzen.

Mot. E. 431. KPr. E. 396, 571.

Litteratur: Schönfeld Ztschr. f. GV. I 1887 S. 13 ff., Falkmann Zwangsvollstr. S. 219 ff. und Ztschr. f. GV. III 1889 S. 2 ff., 9 ff., 20 ff., v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 217 ff.

1. Der dem § 727 der CPrO. entsprechende § 641 des Entw. I lautet:

„Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dem Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, erklärt: er pfände die Sachen für seinen Auftraggeber; oder, wenn er selbst die erste Pfändung bewirkt hat, diese Erklärung zu Protokoll feststellt. Dem anderen Gerichtsvollzieher, welcher die erste Pfändung bewirkt hat, ist eine Abschrift des aufgenommenen Protokolls zuzustellen und der Schuldner von der Pfändung in Kenntnis zu setzen."

In der Kommission, aus deren Beratung der Entw. II hervorging, wurde die jetzige Fassung beschlossen (Entw. II § 662) und v. Wilmowski, der in der Kommission war, berichtet, daß die Änderung keine bloß redaktionelle, sondern eine sachliche sei. Gleichwohl wurden aus den Mot. des Entw. I S. 462 f. folgende Sätze in die Mot. des Entw. II S. 559 f. und in die Mot. des Entw. III S. 431 unverändert übernommen:

„Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen behält trotz der ausschließlichen Wirkung der ersten Pfändung (sc. trotz dem Vorrechte des Gläubigers, für den zuerst gepfändet ist) ihre Bedeutung sowohl für den zur Deckung der ersten Forderung nicht erforderlichen Teil der Pfänder, als für den Fall, daß die erste Forderung anderweit befriedigt wird. Sie kann bei der Natur des Aktes der ersten Pfändung nur noch durch eine Erklärung erfolgen. Die Erklärung muß, um die entscheidende Bedeutung zu haben, gegen denjenigen geschehen, welcher die Gegenstände in Besitz hat, also gegen den GV. der ersten Pfändung. Der etwaige Gewahrsam des Schuldners ist durch die Erkennbarkeit der ersten Pfändung ganz in den Hintergrund getreten. Ein Dritter, welchem der Gerichtsvollzieher etwa die Sachen zur Aufbewahrung übergeben hat, würde nur dessen Weisungen zu folgen haben, während der GV. durch eine Zwangsvollstreckung,

Digitized by Google

welche nicht gegen ihn selbst, sondern gegen den von ihm bestellten Verwahrer gerichtet wäre, in dem Pfandbesitze nicht gestört werden würde. In dem gewiß sehr häufigen Falle, daß der GV. der zweiten Pfändung auch die erste Pfändung ausgeführt hat, wird an der Ausführung der zweiten Pfändung im Grundsatze nichts geändert; es bedarf, um die abzugebende Erklärung überhaupt in die äußere Erscheinung treten zu lassen, nur der Protokollierung. Außer diesem Falle ist die Protokollierung ein bloß begleitender Akt."

Hiernach ist klar und auch von keiner Seite bestritten, daß die Anschlußpfändung, die von demselben Gerichtsvollzieher wie die erste Pfändung ausgeführt wird, dadurch bewirkt wird, daß der GV. ein Protokoll errichtet, worin er erklärt, daß er sich der von ihm selbst an dem und dem Tage für den zu bezeichnenden Gläubiger ausgeführten Pfändung zu Gunsten der nach Betrag und Vollstreckungstitel zu bezeichnenden Forderung des anderen Gläubigers anschließe. Die protokollarische Erklärung braucht nicht in Gegenwart der Pfandsachen oder des Schuldners zu erfolgen.

Dagegen ist bestritten, ob die Anschlußpfändung, die von einem anderen Gerichtsvollzieher ausgeführt wird, schon mit der protokollarischen Erklärung des GV., daß er sich zu Gunsten der Forderung des Gläubigers der früheren Pfändung anschließe, oder erst durch die Zustellung der Abschrift des Protokolls an den GV., der die erste Pfändung ausführte, vollendet ist. Dieses ist in den oben cit. Motiven gesagt, denen verschiedene Schriftsteller [v. Sarwey II S. 207, v. Bülow N. 1, Kleiner III S. 147] folgen. Allein die Motive sind zu einem anderen, als dem zum Gesetze erhobenen Texte geschrieben und nur aus Versehen unverändert übernommen. Der Gesetzestext verträgt kaum eine andere Auslegung als die, daß die protokollarische Erklärung der entscheidende Akt sei. Die Zustellung der Abschrift an den GV., der die erste Pfändung vornahm, gehört ebensowenig, wie die Mitteilung an den Schuldner, zur Vollendung der Anschlußpfändung; der GV. wird jedoch haftbar für Schadensersatz, wenn er die Zustellung des Protokolls an den anderen GV. oder die Mitteilung an den Schuldner unterläßt. [So auch Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 449, Petersen (2) S. 1012, Hellmann Lehrb. S. 863, Schönfeld, Falkmann, v. Schrutka a. a. O., RG. 22. Nov. 1884 Entsch. XIII Nr. 87 S. 345, 5. Jan. 1891 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 420 ff.] Muß die Anschlußpfändung in Gegenwart der gepfändeten Sachen erklärt werden? Da die Anschließung nicht auf Wiederholung der Besitzergreifung, sondern darauf hinausläuft, daß der Pfandbewahrer angewiesen wird, die Sachen fortan als solche zu bewahren, die auch dem Anschlußgläubiger als Pfand haften, so ist es nicht nötig, die Erklärung in Gegenwart der Sachen abzugeben, was auch in der Praxis kaum durchführbar wäre. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 448 bei N. 4, A. Förster N. 2, Falkmann Zwangsvollstr. S. 219 u. Ztschr. f. GV. III S. 4, LG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. X S. 400 ff. AM. Schönfeld a. a. O., Red. d. Ztschr. f. GV. III (1889) S. 4 N. *, v. Schrutka a. a. O. S. 221.] Andererseits kann es aber auch wohl kaum genügen, wenn der GV. zu Hause auf seiner Schreibstube niederschreibt, daß er sich an die von dem anderen GV. vorgenommene Pfändung anschließe; denn im Begriffe der Erklärung liegt, daß die Willensäußerung jemanden gegenüber abgegeben werden muß. Derjenige aber, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, kann kein anderer sein, als der GV., der zuerst gepfändet hat, weil bei diesem die thatsächliche Herrschaft über die Pfänder ist. [Vgl. A. Förster N. 2, Hellmann Lehrb. S. 863, preuß. GA. f. GV. § 84. Dagegen Struckm. Koch, Gaupp, Falkmann a. a. O.]

2. Die Anschlußpfändung ist möglich, bis der Erlös der gepfändeten Sache dem Gerichtsvollzieher oder dem Gläubiger übergeben ist. Nur wenn die Empfangnahme des Erlöses nicht als Zahlung gilt (s. § 720 „sofern nicht — abzuwenden", ferner § 810

Digitized by Google

Abs. 2, 3), ist die Anschlußpfändung auch noch nach der Empfangnahme des Erlöses möglich. Vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709. Über Anschlußpfändung nach einer Hinterlegung gemäß § 728 Abs. 2 s. Bem. Nr. 3 zu § 728. Die Anschließung braucht nicht deswegen zu unterbleiben, weil der Erlös aus den Pfandsachen voraussichtlich keinen Überschuß zu Gunsten des Anschlußgläubigers ergiebt; denn der erste Gläubiger kann sonstwie befriedigt werden.

3. Weil die Anschlußpfändung den Thatbestand einer selbständigen Pfändung (§ 712) nicht enthält, so entsteht für den Anschlußgläubiger ein Pfandrecht im Sinne des § 709 nur dann, wenn die erste Pfändung den Vorschriften des § 712 entsprach [OLG. Nürnberg SA. XLVII Nr. 353]. Auch muß der dem § 712 entsprechende Zustand der Pfandsachen noch zur Zeit der Anschlußpfändung vorhanden sein. Hat der GV., der die erste Pfändung vornahm, den Pfandbesitz verloren, so kann er nicht mehr angewiesen werden, die Sachen nunmehr auch für den zweiten Gläubiger in Gewahrsam zu halten. Entspricht die erste Pfändung den Vorschriften des § 712, so ist die Anschlußpfändung gültig, auch wenn die erste Pfändung aus einem anderen Grunde, z. B. wegen Mangels der Zustellung des Vollstreckungstitels, ungültig war. Der Anschlußgläubiger kann durch Aufhebung des ihm vorangehenden Pfandrechts der erste Pfandgläubiger werden. Die Aufhebung kann auch durch Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger erfolgen. Schon während der Anschlußgläubiger posterior creditor ist, hat er nicht bloß Anspruch auf den Überschuß, sondern er kann selbständig, gegen den Willen des prior creditor und ohne ihm Sicherheit für volle Befriedigung zu bieten, die Veräußerung betreiben; durch die auf seinen Betrieb erfolgende Veräußerung geht das Pfandrecht des prior creditor unter. (Vgl. preuß. AG. s. GV. § 84 Abs. 10).

4. Wegen der Gebühren s. GO. s. GV. § 5.

§ 728.

Auf den Gerichtsvollzieher, von welchem die erste Pfändung bewirkt ist, geht der Auftrag des zweiten Gläubigers kraft Gesetzes über, sofern nicht das Vollstreckungsgericht auf Antrag eines beteiligten Gläubigers oder des Schuldners anordnet, daß die Verrichtungen jenes Gerichtsvollziehers von einem anderen zu übernehmen seien. Die Versteigerung erfolgt für alle beteiligten Gläubiger.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen beteiligten Gläubiger eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgericht anzuzeigen. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

Mot. S. 431. EPr. S. 396, 571.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die weitere Vollstreckung ist immer nur von einem der beteiligten Gerichtsvollzieher auszuführen, und die Lage des Schuldners nötigt hier, wie bei Bestimmung der Stellung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger überhaupt, zu der Annahme eines vollständigen Übergangs des von dem zweiten Gläubiger erteilten Auftrags auf den Gerichtsvollzieher der ersten Pfändung. Damit dieser die Versteigerung ausführt, bedarf es nicht erst eines weiteren Betreibens seitens des zweiten

Digitized by Google

Gläubigers. Die zur Vollstreckung notwendigen Urkunden müssen selbstverständlich ihm überliefert werden. Aus besonderen Gründen, über deren Bedeutung das Gericht zu befinden hat, und selbstverständlich durch Wahl eines anderen Gerichtsvollziehers seitens aller beteiligten Gläubiger kann der Übergang des Auftrags ausgeschlossen werden."

2. Zu Abs. 2: Reicht der Erlös zur Deckung aller Forderungen nicht aus, so sind zuerst die Kosten des Verkaufs abzuziehen und dann die einzelnen Forderungen mit den dazu erwachsenen besonderen Kosten nach der Reihenfolge der Pfändungen, bei gleichzeitiger Pfändung nach Verhältnis der Forderungen, zu befriedigen, soweit die Masse reicht (preuß. GA. f. GV. § 87 Abs. 2). Dazu bedarf es weder der Mitteilung eines Verteilungsplans, noch der Einholung der Zustimmung der Beteiligten. Der GV. kann in dieser Weise vorgehen, bis ein Beteiligter eine andere Verteilung verlangt; dann erst folgt die Hinterlegung des Erlöses nach Abzug der Verkaufskosten und das Verteilungsverfahren, es wäre denn, daß alle beteiligten Gläubiger sich über einen anderen Verteilungsmodus einigten (vgl. preuß. AG. f. GV. § 87 Abs. 3). Die den Gläubigern zukommenden Beträge sowie den etwaigen Überschuß hat der GV., soweit nicht die Beträge zu hinterlegen sind (diese Fälle s. in Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709), an die Empfangsberechtigten auszuzahlen (preuß. GA. f. GV. § 87 Abs. 4). — Die Hinterlegung des Erlöses zum Zwecke der gerichtlichen Verteilung erfolgt bei dem Vollstreckungsgerichte oder bei der für dieses Gericht bestehenden Depositalbehörde (KPr. S. 496). Vgl. preuß. Hinterl.Ordn. vom 14. März 1879 § 76 Nr. 1.

3. Rechtsverhältnisse an dem hinterlegten Erlöse: a) Die Gläubiger, die keinen Anspruch auf Auszahlung haben, haben ein Faustpfandrecht an dem Erlöse; der Erlös bleibt Eigentum des Schuldners (s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709). Folglich ist eine Anschlußpfändung noch nach der Hinterlegung möglich. b) Die Gläubiger, die einen Anspruch auf sofortige Auszahlung haben, haben gemäß dem Grundsatze des § 720 durch die Empfangnahme des Erlöses seitens des GV. das Eigentum an dem Erlöse erlangt. Begründung s. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709. [AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 451 bei N. 7, A. Förster N. 5, Hellmann Lehrb. S. 867, die dem Gläubiger auch im Falle b nur ein Pfandrecht zusprechen]. Folglich können Beträge, die nur wegen Bestreitung der Rangordnung hinterlegt sind, nicht mehr Gegenstand einer Anschlußpfändung sein.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6; GO. f. GV. § 14 Nr. 2.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

Die §§ 729—754 handeln von der Zwangsvollstreckung in Vermögensbestandteile, die keine körperlichen Sachen sind. Diese Vermögensbestandteile scheidet das Gesetz in Geldforderungen (§§ 730—744, 749, 750, 753), Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen (§§ 745—748, 751, 752) und andere Vermögensrechte (§ 754). Die Geldforderungen und die Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen faßt das Gesetz in der Überschrift und in § 729 unter „Forderungen" zusammen, obgleich Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen auch dinglicher Natur sein können.

§ 729.

Die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, erfolgen durch das Vollstreckungsgericht.

Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner

Digitized by Google

im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

Mot. S. 432. KPr. S. 396, 397, 571.

1. Zur Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist die Mitwirkung des Gerichts nötig. Die gerichtlichen Handlungen, die dabei vorkommen (§§ 730 Abs. 1, 731, 736, 743, 746 Abs. 1, 747 Abs. 1, 754, vgl. a. § 685), überträgt das Gesetz dem Vollstreckungsgerichte. Sämtliche gerichtliche Handlungen sind Beschlüsse. Sie werden auf Antrag des Gläubigers erlassen. Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Es besteht kein Anwaltszwang (§ 74 Abs. 1). Die Entscheidungen können ohne mündliche Verhandlung erfolgen (§ 684 Abs. 3) und von allen Beteiligten durch sofortige Beschwerde angefochten werden. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 685 und Bem. Nr. 1, 2 zu § 701.

2. Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei dem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13—20), und wenn der Schuldner im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtstand hat, das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich Vermögen des Schuldners befindet (§ 24). Die Zuständigkeit dieses Amtsgericht ist nicht auf die Zwangsvollstreckung in das im Bezirke befindliche Vermögen beschränkt (KPr. S. 396 f.); z. B. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner ein Haus hat, ist Vollstreckungsgericht zur Beschlagnahme einer Forderung, auch wenn der Drittschuldner außerhalb des Bezirks wohnt. — Abweichend ist die Zuständigkeit zur Arrestanlegung auf Forderungen in § 810 Abs. 1 geregelt.

Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts ist ausschließlich (§ 707). Sind mehrere Vollstreckungsgerichte vorhanden — dies ist möglich, wenn der Schuldner mehrere allgemeine Gerichtsstände in Deutschland, und im subsidiären Falle, wenn er in mehreren Amtsgerichtsbezirken Vermögen hat — so hat der Gläubiger die Wahl (arg. § 35). Die von einem unzuständigen Gerichte verfügte Pfändung ist ungültig [RG. 11. Nov. 1882 SA. XXXVIII Nr. 196.]

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der Fassung d. RG. v. 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31.

§ 730.

Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Der Gläubiger hat den Beschluß dem Drittschuldner zustellen zu lassen. Der Gerichtsvollzieher hat den Beschluß mit einer Abschrift der Zustellungsurkunde dem Schuldner sofort zuzustellen, sofern nicht eine öffentliche Zustellung erforderlich wird. Ist die Zustellung an den Drittschuldner auf unmittelbares Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgt, so hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung an den Schuldner in gleicher Weise Sorge zu tragen. An Stelle einer an den Schuldner im Auslande zu bewirkenden Zustellung erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post.

Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

Mot. S. 432, 433. KPr. S. 397, 398, 571.

Digitized by Google

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen (Leipzig 1881), Falkmann Zwangsvollstr. S. 244 ff., Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 461 ff., Hergenhahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 610 ff., Korn Ztschr. f. d. CPr. XI S. 294 ff., Rusttrat eod. XIV S. 451 ff., Gercke eod. XVIII S. 228 ff.

2. Zu Abs. 1: a) Über „Geldforderung" vgl. Bem. Nr. 1 vor § 708 S. 896. Pfändbar sind auch befristete und bedingte, nicht aber zukünftige Forderungen [OLG. Karlsruhe SA. XL Nr. 329, XLV Nr. 58]. Wegen der Form des Gesuchs s. Bem. Nr. 1 zu § 729. Zur Begründung des Gesuchs gehört die Vorlage des mit der Vollstreckungsklausel (Ausnahmen s. Bem. Nr. 2 zu § 662) versehenen Vollstreckungstitels, der Nachweis der Zustellung an den Schuldner (§ 671) und die Behauptung, daß dem Schuldner eine ihrem Grunde nach zu bezeichnende Forderung an den Drittschuldner zustehe. Verfahren s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Modifikation: Der Schuldner ist nicht zu hören (§ 735). Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob es zuständig (§§ 729, 810) und ob das Gesuch ordnungsmäßig begründet ist. Ob die zu pfändende Forderung zu Recht besteht, ist nicht zu prüfen, wohl aber ob sich aus den Behauptungen des Gläubigers eine Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner überhaupt ergiebt und ob die Forderung der Pfändung nicht entzogen ist; vgl. § 749 nebst den Bemerkungen.

Das Gesuch ist (ganz oder teilweise) zurückzuweisen, wenn das Gericht unzuständig oder wenn das Gesuch nicht ordnungsmäßig begründet ist, desgl. wenn sich aus den Behauptungen des Gesuchstellers keine Forderung des Schuldners gegen den Drittschuldner ergiebt (von diesem Gesichtspunkte aus ist z. B. das Gesuch um Pfändung einer dem Schuldner-Adressaten noch nicht zugestellten Postanweisung abzuweisen, weil der Adressat noch keinen Anspruch gegen die Post hat, vgl. Rutz Bl. f. RA. LX S. 66 ff.) oder wenn die Forderung nicht pfändbar ist. Der abweisende Beschluß ist dem Gesuchsteller von Amtswegen zuzustellen (§ 294). Dagegen findet die sofortige Beschwerde statt (§ 701).

Ist dem Gesuche stattzugeben, so erläßt das Gericht einen Beschluß, der dem Drittschuldner verbietet, an den Schuldner zu zahlen (arrestatorium) und dem Schuldner gebietet, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung zu enthalten (inhibitorium). Dieser Beschluß ist dem Gläubiger nicht zuzustellen, sondern formlos auszuhändigen, damit er die Zustellungen (Abs. 2) betreibe [vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 422, RG. 8. März 1883 Entsch. XI Nr. 106 S. 404]. Gegen den Beschluß kann der Schuldner die sofortige Beschwerde einlegen (§ 701), vgl. Bem. Nr. 1 zu § 685, wo auch abweichende Ansichten angeführt sind. Wegen Beschwerde des Drittschuldners s. Bem. Nr. 2 zu § 701. Der Drittschuldner kann seine Beschwerde nicht darauf stützen, daß die Behauptungen des Gläubigers über das Bestehen der Forderung unwahr seien, wohl aber darauf, daß diese Behauptungen keine Forderung gegen ihn ergäben.

3. Zu Abs. 2: Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses erfolgt auf Betreiben des Gläubigers nach den §§ 152 ff. Die Vermittelung des Gerichtsschreibers ist zulässig, daher § 154 anwendbar.

a) Zuerst ist der Beschluß dem Drittschuldner zuzustellen. Die Zustellung im Auslande erfolgt nach §§ 182, 184, 185, die Zustellung an einen Exterritorialen nach § 183. Daß der Drittschuldner im Auslande wohnt oder Zahlung zu leisten hat, hindert die Beschlagnahme nicht. [Vgl. KPr. S. 397, Kohler Pr. als RV. 120 N. **, RG. 2. Mai 1885 SA. XLI Nr. 158, OLG. Breslau SA. L Nr. 65; in RG. Entsch. XXII S. 406 wird die Frage berührt, aber nicht entschieden. AM. Roller Ztschr. f. d. CPr. X S. 474 ff., Eccius Förster pr. PrR. III § 197 N. 23.] Freilich bleibt die Pfändung wirkungslos, wenn der im Auslande wohnende Drittschuldner die von dem inländischen Gerichte aus-

Digitized by Google

gehende Pfändung nicht zu respektieren braucht, was mit Rücksicht auf die territorialen Grenzen der Exekutionsgewalt regelmäßig der Fall sein wird. — Öffentliche Zustellung an den Drittschuldner giebt es nicht (arg. § 186 Abs. 1 ad. v. „Partei"). [Vgl. RG. 24. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 83 S. 404. AM. Förster Arch. f. c. Pr. LXXV S. 163.] — Über Pfändung der im Reichsschuldbuche eingetragenen Forderungen vgl. RG. v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) §§ 7, 15.

b) Dann ist dem Schuldner (wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, diesem, arg. §§ 77, 162, 163) die Abschrift des Beschlagnahmebeschlusses und der über die Zustellung an den Dritten errichteten Urkunde zuzustellen. Auch diese Zustellung geschieht auf Betreiben des Gläubigers. Aber das Gesetz macht dem GV., der dem Drittschuldner zugestellt hat, die sofortige Zustellung an den Schuldner zur Pflicht. Die gleiche Verpflichtung hat der Gerichtsschreiber, wenn die Zustellung an den Drittschuldner auf Ersuchen des Gerichtsschreibers durch die Post erfolgte (§ 179). Besorgt der GV. auf Ersuchen des Gerichtsschreibers die Zustellung durch die Post, so hat der GV. für die Zustellung an den Schuldner zu sorgen. Erfolgt die Zustellung an den Drittschuldner nach den §§ 182—185, so hat der Gläubiger für die Zustellung zu sorgen. — Die Zustellung an den Schuldner unterbleibt, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist; sie erfolgt durch Aufgabe zur Post (vgl. § 161), wenn sie im Auslande zu bewirken wäre.

4. Zu Abs. 3: a) Die Pfändung wird durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner perfekt. Von da an hat der Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung. Für dieses Pfandrecht gelten die Bestimmungen des § 709 Abs. 2, 3 worüber Bem. Nr. 2 zu § 709 zu vergleichen ist. Die Stellung des Pfandgläubigers gegenüber dem Drittschuldner und die Beschränkungen, die das Recht des Schuldners gegen den Drittschuldner durch das Pfandrecht erleidet, sind aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach dem gem. Rechte (l. 4 C. quae res pign. 8, 16) und wohl auch nach allen Partikularrechten ist die Zahlung, die der Drittschuldner in Kenntnis des Pfandrechts an den Schuldner leistete, dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Das Gleiche gilt von sonstigen Liberationsgeschäften (Erlaßvertrag, Aufrechnung ꝛc.) und von Stundungsverträgen. Kenntnis von dem Pfandrechte erhält der Drittschuldner regelmäßig durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses; bei der Ersatzzustellung ist es aber möglich, daß er diese Kenntnis nicht schon mit der Zustellung erhält, und in diesem Falle sind die ohne Kenntnis des Pfandrechts, wenn auch nach der Pfändung, dem Schuldner gegenüber vorgenommenen Liberationsgeschäfte um der bona fides des Drittschuldners willen auch dem Schuldner gegenüber wirksam. [Vgl. Hellwig S. 126, Gaupp II S. 457 N. 22, Entw. II e. BGB. § 1182 verb. mit §§ 349, 350. Abweichend: Wilm. Levy N. 2, Seligsohn Ztschr. f. d. CPr. VII S. 369, Rassow Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 131, Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 461.] Über das Recht des Pfandgläubigers die Forderung einzuziehen vgl. Bem. Nr. 1, 2 litt. b zu § 736. Der Drittschuldner kann der Klage des Schuldners auf Zahlung die Pfändung entgegensetzen und, wenn die Pfändung erst nach dem Schlusse der Verhandlung erfolgte, die Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung erheben [RG. 5. Febr. 1890 Entsch. XXV Nr. 103 S. 427].

b) Die Zustellung an den Schuldner ist nicht wesentlich für die Entstehung des Pfandrechts [RG. 31. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 125 S. 420]. Ist sie dem Gesetze zuwider unterblieben, so haftet der Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner ohne vorherige Zustellung an den Drittschuldner ist keine Pfändung. Die Wirkung des dem Schuldner zugestellten Verfügungsverbots ist nach dem bürgerlichen Rechte

Digitized by Google

zu beurteilen [RG. 31. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 125 S. 421]. Nach dem gem. Rechte (l. 12 D. de usurp. 41, 43; l. 7 § 5 D. pro emt. 41, 4) ist die dem richterlichen Verbote zuwider vorgenommene Veräußerung unwirksam, wenn der Erwerber das Verbot gekannt hat. Die Wirkung des Verfügungsverbots tritt hervor, wenn keine oder keine ordnungsmäßige Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an den Drittschuldner voranging; war der Beschlagnahmebeschluß dem Drittschuldner ordnungsmäßig zugestellt, so bewirkt schon das Pfandrecht, daß die Verfügungen des Schuldners dem Pfandgläubiger gegenüber wirkungslos bleiben.

5. Über die Pfändung deponierten Geldes vgl. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 301 ff. Drittschuldner ist die Depositalbehörde.

6. Auch eine Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger kann gepfändet werden. Der Gläubiger läßt den Pfändungsbeschluß sich selbst zustellen und kann sich die Forderung überweisen lassen. Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner nach Analogie des § 754 genügt bei Geldforderungen nicht. [Vgl. Mot. S. 135, wo von Arrest auf eine zum getrennten Prozesse verwiesene Kompensationsforderung die Rede ist, Struckm. Koch (6) N. 9, Wilm. Levy N. 10, Gaupp II S. 458 f., Eccius (Förster) pr. PrR. I § 92 N. 25, Kohler Pr. als RB. S. 11 N.*, Korn Ztschr. f. d. CPr. XI S. 294, Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 474 ff., Örtmann Arch. f. c. Pr. LXXXI S. 61 ff., RG. 11. Nov. 1887 Entsch. XX Nr. 84 S. 365, 18. Juni 1894 XXXIII Nr. 68 S. 291, OLG. Hamburg SA. XLIV Nr. 294. AM. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 461 ff., Hergenhahn Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 610 ff.] Durch die Pfändung der Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger wird das Recht des Schuldners, die Einzahlung der Schuld bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle zu verlangen, nicht ausgeschlossen [vgl. RG. 13. Apr. 1887 Entsch. XVII Nr. 65 S. 292 ff.].

§ 731.

Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

1. Die Entstehung des Pfandrechts an einer gepfändeten Hypothekenforderung ist reichsgesetzlich geregelt. Sie erfolgt gemäß § 730 Abs. 3 durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner und, wenn der Hypothekenbrief durch Indossament übertragbar ist, gemäß § 732 dadurch, daß der Gerichtsvollzieher den Hypothekenbrief in Besitz nimmt. Die Landesgesetze können keine weiteren Erfordernisse für die Entstehung des Pfandrechts aufstellen, insbesondere nicht bestimmen, daß die Entstehung des Pfandrechts von dessen Eintragung in das Hypothekenbuch abhänge; dagegen können die Landesgesetze gemäß § 731 vorschreiben, daß die Pfändung einer Hypothekenforderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken sei, also ob von dem Vollstreckungsgerichte (§§ 729, 810 Abs. 1) von Amtswegen oder auf Antrag des Gläubigers bei der Hypothekenbehörde. Auch die Form der Eintragung bemißt sich nach dem Landesgesetze. Unberührt bleiben landesgesetzliche Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen das Pfandrecht an der im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung Rechtswirkung gegen Dritte erlangt, insbesondere Bestimmungen, nach denen ein Dritter sich auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit der Bucheinträge gegenüber dem Gläubiger berufen kann, dessen Pfandrecht nicht eingetragen oder vorgemerkt war.

Landesgesetzliche Bestimmungen des in § 731 zugelassenen Inhalts:

Preuß. AG. z. CPrO. § 16, bayer. AG. z. CPrO. Art. 125, sächs. Ges. v. 4. März 1879 §§ 4 ff. und BO.

Digitized by Google

v. 16. Sept. 1879, württ. AG. z. CPrO. Art. 25, oldenb. AV. v. 10. April 1879 Art. 50, meckl.-schw. und ltr. AV. § 12, sächs.-weim. AG. z. CPr. § 7, anh. AG. §§ 10—12, braunschw. AG. §§ 2, 3, 5, sächs.-alt. AG. §§ 10—14, sächs.-cob.-G. AG. § 10, sächs.-mein. AG. § 8, Reuß ä. L. Ges. v. 3. Mai 1879 §§ 23—31, 52, 53, Reuß j. L. AG. § 9, lipp. AG. § 9, schaumb.-l. AG. § 58, hamb. AG. § 17.

Wer durch Pfändung ein Pfandrecht an einer Hypothekenforderung erworben hat, kann sich, einerlei ob die Pfändung in das Hypothekenbuch eingetragen wurde oder nicht, auf den guten Glauben des Schuldners an die Richtigkeit der Bucheinträge berufen. Ob sich der Gläubiger dem Drittschuldner und einem Dritten (z. B. einem Cessionare) gegenüber auf seinen eigenen guten Glauben an die Richtigkeit der Bucheinträge berufen kann, ist nach den Landesgesetzen zu beurteilen. Enthalten diese keine ausdrückliche Bestimmung darüber, so dürfte davon auszugehen sein, daß der Gläubiger sich *nicht* auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit der Bucheinträge berufen kann. Die Wirkungen der Öffentlichkeit der Grund- und Hypothekenbücher sind eingeführt zur Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs; dazu gehört aber die Zwangsvollstreckung nicht. Aus § 709 der CPrO. folgt nicht, daß das Pfändungspfandrecht in dieser Beziehung dem auf Rechtsgeschäfte beruhenden Pfandrechte gleichsteht; denn § 709 stellt das Pfändungspfandrecht nur im Verhältnis zu *anderen Gläubigern* dem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich. Ferner: wenn der nur formell Berechtigte über die Hypothekenforderung verfügt, z. B. eine getilgte, aber nicht gelöschte Forderung abtritt, so begeht er materielles Unrecht, das nach Umständen als Betrug strafbar ist, und wird dem Geschädigten zum Ersatze verpflichtet. Sollte die Zwangsvollstreckung den Erwerb der nur formell bestehenden Hypothekenforderung für den Gläubiger des Eingetragenen bewirken können, obwohl in der Abtretung ein materielles Unrecht liegt, und zwar ohne daß der Geschädigte ein Recht auf Ersatz gewänne? [Vgl. a) über preuß. Recht: Prinz Einfl. d. Hypothekenbuchverfassung auf das Sachenrecht S. 47, 216, Dernburg pr. Hyp.R. Abt. 2 S. 10, 238 f., Turnau Grundb.Ges. (4) I S. 772, Achilles Grundb.Gesetze (3) § 38 N. 8, E. Schwartz Grundb.Recht S. 467 N. 22, S. 470 N. 34, 35, S. 473 N. 38, S. 474 N. 43, Entsch. d. OTr. XXX S. 408, Entsch. d. RG. VII Nr. 68 S. 238, VIII Nr. 69 S. 277, X Nr. 71 S. 251; b) über bay. Recht: Bl. f. RA. XXII S. 222, XXXIV S. 97, 100, XXXVII S. 72 (Regelsberger) LIX S. 147 (ob. LG.), LX S. 113 (Henle), VII Erg.Bd. S. 305, 321 (Krafft); c) Entw. I e. BGB. § 837, Entw. II §§ 810, 1064. Der Entw. I wollte dem Gläubiger die Berufung auf die Bucheinträge gestatten, der Entw. II versagt sie ihm. Über die Änderung vgl. D. Not.Zeit. 1894 S. 145 f.] Wie man sich auch zu der Streitfrage stellen mag, auf keinen Fall ist in dieser Beziehung ein Unterschied zu machen, je nachdem die Hypothekenforderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen wird; denn diese wie jene Art der Überweisung erfolgt nur auf Grund des Pfandrechts und kann neue Rechte gegenüber dem Drittschuldner nicht begründen.

2. Ein Grundschuldbrief wird durch Blankoabtretung (preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 § 55) kein indossables und auch kein Inhaberpapier [RG. 11. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 51 S. 176 ff.]. Die Pfändung einer Grundschuld mit Blankoabtretung erfolgt daher nach §§ 730, 731. [So auch Struckm. Koch N. 1 zu § 732, Wilm. Levy N. 1 zu § 732, Voß Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 822 ff., RG. 12. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 69 S. 308. AM. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 306 ff., v. Bülow S. 536.]

§ 732.

Die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt.

Not. S. 433. LPr. S. 398, 572.

Digitized by Google

1. Da bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren (HGB. Art. 301, 302, 304) der Drittschuldner nur dem durch das Papier legitimierten Gläubiger zu zahlen oder zu leisten verpflichtet ist (WO. Art. 36, 39, HGB. Art. 303, 305), so kann nur die Inbesitznahme der Papiere wie bei körperlichen Sachen eine wirksame Pfändung darstellen (Mot. z. Entw. I S. 405). Die Besitzergreifung kann nur durch Wegnahme erfolgen; im Gewahrsam des Schuldners können die Papiere nicht belassen werden. — Von der Pfändung ist gemäß § 712 Abs. 3 der Schuldner in Kenntnis zu setzen (vgl. preuß. GA. f. GV. § 82 Abs. 2). Die Anschlußpfändung erfolgt nach § 727.

2. Zur Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren bedarf es nicht der gerichtlichen Ermächtigung. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1 u. a. AM. Planck I S. 141 N. 50.] Ein Verbot an den Drittschuldner, dem Schuldner zu zahlen, wäre zwecklos. Die Erlassung eines Verfügungsverbotes an den Schuldner soll nach den Mot. S. 433 nicht ausgeschlossen sein; aber im Gesetze ist kein Anhaltspunkt dafür zu finden.

3. Auf die Verwertung der Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren finden die §§ 736—743, 745, 746, 748, 750, 751 Anwendung. Geldforderungen aus indossablen Papieren können dem Gläubiger zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen werden. Nach der Überweisung ist der Gläubiger befugt, die in blanko acceptierte Tratte als Aussteller zu unterzeichnen [OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 16]. Der Verkauf des gepfändeten Wechsels kann nur unter den Voraussetzungen des § 743 stattfinden. Dies gilt auch von Wechseln von Blankoindossament; denn das Blankoindossament macht den Wechsel nicht zu einem Wertpapiere im Sinne des § 722. In der JK. d. RT. wurde von einem Reg.Komm. geäußert, Wechsel mit Blankoindossament seien als Inhaberpapiere anzusehen (KPr. S. 400); wollte damit die Verwertbarkeit nach § 722 behauptet werden, so ist die Ansicht eben falsch; dies beweist die Stellung des den Blankowechsel mitumfassenden § 732 unter „Zwangsvollstreckung in Forderungen". — Wegen Pfändung einer in blanko abgetretenen Grundschuld s. Bem. Nr. 2 zu § 731. — Auf die Pfändung von Konossements, Ladescheinen, Lagerscheinen (warrants) findet gemäß § 745 der § 732 Anwendung. Die Pfändung erfolgt daher durch Ergreifung des Besitzes der Papiere. Das weitere Verfahren modifiziert sich nach §§ 746, 748; die Überweisung an Zahlungsstatt ist ausgeschlossen.

§ 733.

Das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

Eine Gehalts- oder ähnliche, in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung, z. B. eine Pensions-, Leibrenten-, Alimenten-, Reallastenforderung, wird als ein Ganzes behandelt; deshalb erstreckt sich die Wirkung der Pfändung auf die noch nicht fälligen Raten. Darüber, inwieweit solche Forderungen der Pfändung unterworfen sind, s. § 749.

§ 734.

Durch die Pfändung eines Diensteinkommens wird auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner infolge der Versetzung in ein anderes Amt, der Übertragung eines neuen Amts oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat.

Digitized by Google

Diese Bestimmung findet auf den Fall der Änderung des Dienstherrn keine Anwendung.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

§ 734 ist anwendbar sowohl auf das Diensteinkommen wie auf die Pension der in § 749 Nr. 5—8 genannten öffentlichen Bediensteten, dann auf das Diensteinkommen der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§ 749 Abs. 3), jedoch immer nur unter der Voraussetzung, daß der Drittschuldner derselbe bleibt. — Auch der Fall, daß an die Stelle des Diensteinkommens ein Pensionsbezug tritt, oder umgekehrt, ist durch § 734 gedeckt. — Für den Fall einer Gehaltserhöhung ergiebt § 734, daß die Pfändung sich von selbst auf die dem erhöhten Gehalte entsprechende Quote erstreckt.

§ 735.

Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören.

Mot. S. 433. KPr. S. 398, 572.

Die Benachrichtigung des Schuldners von dem Pfändungsgesuche vor der Pfändung brächte die Gefahr, daß der Schuldner durch Disposition über die Forderung die Pfändung vereitele. Nach der Pfändung und vor der Überweisung *kann* der Schuldner, wenn die Umstände dies erheischen, gehört werden.

§ 736.

Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte zu überweisen.

Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Die Bestimmungen des § 730 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung.

Mot. S. 433, 434. KPr. S. 398, 572.

1. Die Verwertung der gepfändeten Forderung erfolgt regelmäßig durch Einziehung oder durch Übernahme an Zahlungsstatt, ausnahmsweise durch Verkauf (§ 743). Zur Einziehung und zur Übernahme an Zahlungsstatt ist eine Ermächtigung des Vollstreckungsgerichts notwendig, die Überweisung. Die Überweisung zur Einziehung mußte mit Rücksicht auf Rechtsgebiete, wo das Pfandrecht an einer Forderung die Befugnis zur Einziehung nicht enthält (dazu gehört das Gebiet des franz. Rechts, vgl. Code civ. art. 2075, 2078 des badischen Landrechts, des württembergischen Landrechts, vgl. Pfandgef. Art. 254 ff., und wohl auch des preußischen Landrechts, vgl. Eccius (Förster) pr. PrR. 5. Aufl. III S. 479), in die CPrO. aufgenommen werden; sie hat aber auch für Rechtsgebiete, wo die Befugnis zur Einziehung schon in dem Pfandrechte gelegen ist (so nach gem. Recht, vgl. l. 18 pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 20 D. de pign. 20, 1, l. 7 C. de her. vel art. vend. 4, 39, und nach zahlreichen Partikularrechten, vgl. die Motive z. Entw. I e. BGB. III S. 861 N. 1) Bedeutung, indem sie die in dem Pfandrechte gelegene Befugnis zur Einziehung deklariert. Die Deklaration dient zur Legitimation gegenüber dem Drittschuldner; dieser kann die Legitimation des Pfändungsgläubigers beanstanden, solange diesem die Forderung nicht überwiesen ist. [Vgl. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 115 f., Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 470 ff.].

Der Gläubiger hat regelmäßig die Wahl, ob er sich eine gepfändete Geldforderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen will. In den Fällen des § 738 ist nur die Überweisung zur Einziehung zulässig. Forderungen des Schuldners gegen den

Digitized by Google

Gläubiger (vgl. Bem. Nr. 6 zu § 730) können dem Gläubiger nur an Zahlungsstatt überwiesen werden. Ansprüche auf Herausgabe von körperlichen Sachen (§ 745) können nur zur Einziehung überwiesen werden (§ 748). Die in § 754 bezeichneten anderen Vermögensrechte können zur Einziehung und, soweit sie einen Nennwert haben (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 754), auch an Zahlungsstatt überwiesen werden. Bei der Arrestvollziehung findet keine Überweisung statt; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 810. — Hat der Gläubiger die Wahl zwischen Überweisung zur Einziehung und Überweisung an Zahlungsstatt, so kann er von jener zu dieser übergehen (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 742), aber nicht von dieser zu jener.

Jede Überweisung setzt die Pfändung voraus. Die Überweisung einer nicht oder nicht ordnungsmäßig gepfändeten Forderung ist wirkungslos [RG. 5. Juni 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1175].

2. Überweisung zur Einziehung. [Litteratur: Kübel württ. GBl. XIII S. 42 ff., Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 100 ff., Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 343, 361 ff., Kohler Ztschr. f. Pr. u. ö. R. XIV S. 25, Falkmann Zwangsvollstreckung S. 274 f., Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 472 ff.] Die Motive zu S. 434 bemerken:

„Die Überweisung als Akt der Zwangsvollstreckung entspricht der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis zur Einklagung einer verpfändeten Forderung. Es ist jedoch vermieden, dem Akte die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen und das aus demselben entstehende Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner anders als in seinen Wirkungen zu bezeichnen."

Die Rechtsstellung des Gläubigers ist ähnlich der eines procurator in rem suam. Wie dieser macht der Gläubiger ein fremdes Forderungsrecht geltend, aber nicht kraft vom Schuldner ausgehender, sondern kraft gerichtlicher Ermächtigung. Es besteht daher zwischen ihm und dem Schuldner kein Vertragsverhältnis und die wechselseitigen Rechte und Pflichten ergeben sich lediglich aus den Vorschriften der §§ 737, 740, 741. — Folgesätze:

a) Der Schuldner bleibt ungeachtet der Überweisung noch Gläubiger des Drittschuldners; jedoch ist ihm durch die Pfändung die Befugnis entzogen, die Forderung einzuziehen oder sonstwie zum Nachteile des Gläubigers darüber zu verfügen. [Vgl. RG. 15. Febr. 1884 Entsch. XI Nr. 13 S. 51, 10. Juni 1887 XVIII Nr. 90 S. 399, 8. Febr. 1888 XX Nr. 101 S. 421, 10. April 1888 Entsch. XXI Nr. 69 S. 366, 27. April 1891 XXVII Nr. 71 S. 294, 11. Juli 1892 XXX Nr. 58 S. 200.] Der Schuldner kann sein Forderungsrecht unbeschadet der Rechte des Pfandgläubigers übertragen [RG. Entsch. XXI Nr. 69 S. 366]. Nach RG. 13. Apr. 1887 Entsch. XVII Nr. 65 S. 291, 29. Febr. 1888 SA. XLIV Nr. 69a soll er auch auf Hinterlegung zu Gunsten des Pfandgläubigers klagen können, was wegen der Möglichkeit, daß die Forderung aberkannt wird und wegen des konkurrierenden Klagerechts des Pfandgläubigers nicht unbedenklich ist. Jedenfalls kann der Schuldner nicht auf Zahlung klagen; ebensowenig kann er im Konkurse des Drittschuldners die Forderung anmelden, da die Anmeldung die konkursmäßige Befriedigung bezweckt. [Vgl. Oetker die Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse des Drittschuldners in der Festschr. der Rost. Juristenfak. zu Buchkas Doktorjubiläum 1891 S. 8 ff.]. Zahlungen des Drittschuldners an den Schuldner, Aufrechnung, Erlaß und Stundungsverträge zwischen Schuldner und Drittschuldner sind dem Gläubiger gegenüber unwirksam; vgl. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 730.

b) Der Gläubiger kann die geschuldete Leistung von dem Drittschuldner in Empfang nehmen, einklagen und beitreiben, soweit sie zur Deckung seiner Forderung nötig ist; nicht in weiterem Umfange, auch nicht, wenn die Pfändung und Überweisung auf die ganze

Digitized by Google

Forderung lautet. [AM. Hellwig a. a. O. S. 169 ff. mit unstichhaltiger Begründung.] Kann eine ihrem Nennwerte nach die Forderung des Pfandgläubigers übersteigende Forderung von dem Drittschuldner nicht vollständig beigetrieben werden, so steht dem Gläubiger für den zu seiner Deckung nötigen Betrag ein Vorzugsrecht vor dem auf den Überrest berechtigten Schuldner zu; denn er kann sich aus jedem Teile der Forderung decken (vgl. Mot. S. 434). Der Gläubiger kann zu dem von dem Schuldner erwirkten Vollstreckungstitel eine auf seinen Namen umgestellte Vollstreckungsklausel erlangen; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 665. Der Gläubiger kann unter den Voraussetzungen des § 231 gegen den Drittschuldner auf Feststellung klagen. Er kann zur Sicherung der Forderung gegen den Drittschuldner einen Arrest beantragen und, wenn der Drittschuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, auf Leistung der Sicherheit klagen. [Vgl. Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 451 ff., RG. 27. Apr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 71 S. 292 ff.] Er ist zur Anmeldung der Forderung im Konkurse des Drittschuldners und zur Teilnahme am Konkurse berechtigt; zur Abstimmung über einen Zwangsvergleich bedarf er jedoch, da der Schuldner auch noch an der Forderung beteiligt ist, der Zustimmung des Schuldners. [Vgl. Oetker in der unter litt. a cit. Schrift, Kohler Ztschr. f. d. CPr. X S. 207 ff. und das bay. ob. LG. SA. XXXVI S. 370; Kohler und das bay. ob. LG. nehmen an, daß die Zustimmung zum Zwangsvergleich nur gemeinsam von dem Gläubiger und dem Schuldner erklärt werden können, was praktisch zumeist auf dasselbe hinausläuft.] Der Gläubiger kann in dem anhängigen Prozesse des Schuldners gegen den Drittschuldner dem Schuldner als Nebenintervenient beitreten; Hauptintervention ist ihm durch § 236 Abs. 2 verwehrt [vgl. RG. 8. Febr. 1888 Entsch. XX Nr. 101 S. 420 ff.]. Der Gläubiger kann ohne Zustimmung des Schuldners keinen Vergleich mit dem Drittschuldner schließen, er kann diesem die Forderung nicht erlassen oder stunden [vgl. OLG. Hamburg SA. XXXVIII Nr. 79]. Aufrechnung der Forderung gegen den Drittschuldner mit einer Forderung des Drittschuldners gegen den Gläubiger ist bis zum Betrage der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner zulässig. Accessorische Rechte aus Bürgschaft und Pfandrecht kann der Gläubiger ebenfalls geltend machen.

c) Der Drittschuldner kann gegenüber dem Gläubiger alle Einwendungen entgegengesetzen, die zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts (§ 730 Abs. 2) gegen den Schuldner begründet waren. [Vgl. RG. 14. Febr. 1683 SA. XXXVIII Nr. 287, wo aber irrtümlich der Zeitpunkt der Überweisung als entscheidend behandelt wird.] Später entstandene Einwendungen braucht sich der Gläubiger nur insoweit gefallen zu lassen, als der Drittschuldner nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts mit Rücksicht auf seinen guten Glauben Schutz genießt; vgl. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 730. Über die Frage, ob sich der Gläubiger, für den eine Hypothekenforderung gepfändet wurde, auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit der Einträge in das Hypothekenbuch berufen kann, s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 731. Die Beschränkungen der Verteidigung, die sich aus den Vorschriften der WO. Art. 82 und des HGB. Art. 303 Abs. 2 ergeben, sind nicht anwendbar, der Gläubiger muß sich auch Einwendungen aus der Person des Schuldners gefallen lassen; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 737. Die Anfechtbarkeit wegen Benachteiligung der Gläubiger kann gegen den Gläubiger geltend gemacht werden, wenn die Anfechtung gegenüber dem Schuldner begründet ist, ohne daß in der Person des Gläubigers die Voraussetzungen der KO. § 33 oder des Anf.Ges. § 11 vorliegen müssen [bay. ob. LG. SA. XLVII Nr. 272]. Ein Forderungsrecht, das von Gegenleistungen abhängt, kann von dem Gläubiger nur in der Art realisiert werden, daß der Drittschuldner die Gegenleistungen erhält [RG. 21. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 116 S. 378].

Digitized by Google

d) Der Gläubiger ist durch die Überweisung noch nicht befriedigt. Was er vom Drittschuldner einzieht, verwendet er zu seiner Befriedigung, indem er das erhaltene Geld oder den Erlös (§§ 745—747) an seiner Forderung abrechnet. Soweit seine Forderung ungedeckt bleibt, besteht sie fort. Die Kosten der Einziehung vermindern den abzurechnenden Betrag. Ist der Versuch der Einziehung ergebnislos, so sind die Kosten als Kosten der Zwangsvollstreckung vom Schuldner zu erstatten, soweit sie notwendig im Sinne des § 87 sind.

3. Überweisung an Zahlungsstatt. [Vgl. Hellwig a. a. O. S. 203 ff.] Diese Überweisung ist nur bei Geldforderungen möglich. Die Forderung kann nur zum Nennwerte überwiesen werden. Abzug eines Zwischenzinses von noch nicht fälliger Forderung ist nicht zulässig. Forderungen auf wiederkehrende Geldleistungen können einzeln an Zahlungsstatt überwiesen werden; das Recht auf solche Bezüge kann nach § 743 verwertet werden.

Die Überweisung verschafft dem Gläubiger die Stellung eines Cessionars. Der Schuldner hört auf, Gläubiger des Drittschuldners zu sein, kann folglich nicht mehr gegen den Drittschuldner klagen und nicht mehr über die Forderung verfügen. Der Gläubiger kann die Forderung von dem Drittschuldner außergerichtlich und gerichtlich beitreiben, er kann Arrest erwirken und die Forderung im Konkursverfahren geltend machen. Er kann zu dem Vollstreckungstitel des Schuldners eine auf seinen Namen gestellte Vollstreckungsklausel erwirken (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 665). Er kann durch Vergleich, Erlaß- und Stundungsvertrag, Aufrechnung ꝛc. über die Forderung verfügen. Accessorische Rechte aus Bürgschaft und Pfandrecht gehen auf den Gläubiger über wie auf einen Cessionar. Dem Drittschuldner stehen gegenüber dem Gläubiger alle vor der Pfändung entstandenen Einwendungen zu, die einem debitor cessus gegen den Cedenten zustehen (vgl. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 730). Über die Frage, ob sich der Gläubiger, für den eine Hypothekenforderung gepfändet wurde, dem Drittschuldner gegenüber auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit der Einträge in die Grund- oder Hypothekenbücher berufen kann, s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 731. Da der Gläubiger durch die Überweisung einer Forderung aus indossablen Papieren nicht die Stellung eines Indossatars, sondern die eines Cessionars erlangt (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 737), so kann ihm der Drittschuldner Einwendungen aus der Person des Schuldners entgegenstellen, die einem Indossatare gegenüber durch WO. Art. 82 oder HGB. Art. 303 Abs. 2 ausgeschlossen wären. — Die Forderung des Gläubigers ist, soweit die überwiesene Forderung **besteht**, bis zum Nennwerte der überwiesenen Forderung getilgt, einerlei ob der Drittschuldner zahlungsfähig ist oder nicht. Die Tilgung tritt mit der Überweisung ein. Soweit die überwiesene Forderung nicht besteht, ist die Forderung des Gläubigers nicht getilgt. Nach dem gem. Rechte ist bestritten, ob im Falle der Eviktion der an Zahlungsstatt gegebenen Sache der Gläubiger einen Eviktionsanspruch habe (l. 28 pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 4 C. de evict. 8, 44) oder ob die ursprüngliche Forderung wieder auflebe (l. 46 pr. § 1 D. de sol. 46, 3; l. 8. C. de sent. et interl. 7, 45) oder ob der Gläubiger die Wahl zwischen den beiden Ansprüchen habe [vgl. Römer Hingabe an Zahlungsstatt S. 43, Windscheid Pand. II § 342 N. 14]. Wie man sich zu dieser Streitfrage stellen mag, darüber kann kein Zweifel sein, daß der Anspruch des Gläubigers nicht getilgt wird, wenn das Objekt der datio in solutum nicht existiert. Nicht anders steht die Sache nach dem preuß. Landrechte; denn die Vorschrift des ALR. I 16 § 243 paßt nicht auf die Überlassung einer **Forderung** an Zahlungsstatt. Der Gläubiger kann auf Grund seines Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner weiter betreiben, wenn die überwiesene Forderung nicht besteht. Hatte er seine vollstreckbare Ausfertigung dem Schuldner auf Grund der Überweisung ausgeliefert, wozu er übrigens nicht verpflichtet ist, so kann er eine neue vollstr. Ausfertigung verlangen (§ 669). Behauptet

Digitized by Google

der Schuldner, daß die überwiesene Forderung zu Recht bestand, so mag er Widerspruchsklage nach § 686 erheben. — Wurde die von dem Gläubiger gegen den Drittschuldner erhobene Klage wegen Nichtbestehens der Forderung abgewiesen, so gilt hinsichtlich der Verpflichtung des Schuldners zur Kostenerstattung das in Bem. Nr. 2 litt. d g. E. Gesagte.

Wurde eine Forderung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils an Zahlungsstatt überwiesen (dies ist außer den Fällen des § 738 zulässig), so ist der Gläubiger nach Aufhebung des Urteils zur Rückcession und, wenn er die Forderung beigetrieben oder sonstwie darüber verfügt hat, zur Erstattung ihres Nennwerts verpflichtet.

4. Verfahren. Der Gläubiger kann bei dem Vollstreckungsgerichte (§ 729 Abs. 2) zugleich die Beschlagnahme (§ 730 Abs. 1) und die Überweisung (§ 736 Abs. 1) beantragen; dann kann das Gericht die beiden Beschlüsse vereinigen; der Gläubiger kann sie einheitlich zustellen lassen. Die Überweisung kann aber auch *nach* der Pfändung beantragt werden. Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren können erst überwiesen werden, wenn die Papiere nach § 732 gepfändet sind. Auf die Form des Überweisungsantrags findet Bem. Nr. 1 zu § 729 Anwendung. Das Verfahren richtet sich nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden. Auf die Zustellung des Überweisungsbeschlusses sowie der den Überweisungsantrag ablehnenden Entscheidung finden die in Bem. Nr. 2 Abs. 2, 3 und Bem. Nr. 3 zu § 730 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Gegen den Überweisungsbeschluß steht dem Schuldner, gegen die Entscheidung, wodurch ein Überweisungsantrag abgewiesen wird, dem Gläubiger die sofortige Beschwerde (§ 701) zu; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 685 und Bem. Nr. 2 Abs. 2, 3 zu § 730.

Die Überweisung wird mit der Aushändigung des gerichtlichen Überweisungsbeschlusses an den Gläubiger perfekt, wenn die Pfändung vorangegangen war. Dies folgt daraus, daß § 736 den § 730 Abs. 3 *nicht* erwähnt und daß nach § 739 die Überweisung die Erklärung des Schuldners ersetzt. [Vgl. Struckm. Koch N. 8, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 463 bei N. 7, Hellwig a. a. O. S. 205. Anders Entw. II e. BGB. Anm. zu § 355.] Ist die Beschlagnahme und die Überweisung gleichzeitig verfügt, so kann doch die Überweisung erst vom Vollzuge der Pfändung (§ 730 Abs. 3) an wirken.

§ 737.

Die Überweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist.

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkt werden.

Mot. S. 434. KPr. S. 399, 400, 572.

1. Zu Abs. 1: Vgl. Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungsrechten S. 116. Der Überweisungsbeschluß wirkt wie eine dem Inhalte des Beschlusses entsprechende Überweisungserklärung des Schuldners; ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts für diese Erklärung eine Form erforderlich, z. B. Schriftlichkeit, gerichtliche oder notarielle Verlautbarung, so wirkt der Überweisungsbeschluß wie eine in der vorgeschriebenen Form abgegebene Erklärung. Nach dem Entwurfe sollte der Überweisungsbeschuß bei Wechseln und anderen indossablen Papieren das Indossament des Schuldners ersetzen, woraus sich ergeben hätte, daß der Gläubiger gegen den Schuldner als Quasiindossanten ein Regreßrecht gehabt hätte und überdies gegenüber dem Drittschuldner in günstigere Lage als der

Digitized by Google

Schuldner selbst gekommen wäre, weil der Drittschuldner nach der WO. Art. 82 und dem HGB. Art. 303 Abs. 2 nicht alle Einwendungen, die ihm gegen den Indossanten zustünden, gegen den Indossatar geltend machen kann. Eine solche Wirkung der Überweisung wurde als unbillig erachtet und daher die angeführte Bestimmung gestrichen. Folglich kommt der Gläubiger, dem die Forderung aus einem indossablen Papiere überwiesen wird, je nachdem die Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt erfolgte, in die Stellung eines vom Schuldner zur Einziehung Ermächtigten oder eines Cessionars, nicht aber in die Stellung eines Indossatars; vgl. Bem. Nr. 2 litt. c und Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 736.

2. Zu Abs. 2: Die über die überwiesene Forderung vorhandenen Urkunden gelten als Zubehör der Forderung. Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger diese Urkunden herauszugeben, und zwar auch dann, wenn die Forderung nur teilweise überwiesen wurde [RG. 10. Apr. 1888 Entsch. XXI Nr. 69 S. 368]. Der Gläubiger kann bei dem Antrage auf Überweisung oder auch nachträglich verlangen, daß diese Verpflichtung von dem Vollstreckungsgerichte ausgesprochen werde; dann hat das Gericht in dem Überweisungsbeschlusse oder bei nachträglichem Antrage in einem Zusatzbeschlusse dem Schuldner zu gebieten, die von dem Gläubiger bezeichneten Urkunden herauszugeben. Ein solcher Beschluß berechtigt zur Zwangsvollstreckung nach § 769. Natürlich gilt auch für diese Vollstreckung die Vorschrift des § 671. — Einem Dritten, in dessen Besitz sich die Urkunden befinden, kann das Vollstreckungsgericht die Herausgabe nicht gebieten; aber der Gläubiger kann den Besitzer auf Herausgabe verklagen, ohne daß es einer besonderen Überweisung des Anspruchs des Schuldners gegen den Besitzer auf Herausgabe der Urkunden bedarf [OLG. Braunschweig SA. XLI Nr. 317]. — Über Verpflichtung des Schuldners zur Auskunftserteilung s. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 355.

3. Wegen Überweisung von Forderungen, die im Reichsschuldbuche eingetragen sind, s. RG. v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) §§ 7, 15.

§ 738.

Ist in Gemäßheit des § 652 Abs. 2 dem Schuldner nachgelassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, so findet die Überweisung gepfändeter Geldforderungen nur zur Einziehung und nur mit der Wirkung statt, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlege.

KPr. S. 368—370, 572.

Von der JK. d. RT. eingeschaltet. Vgl. §§ 716 Abs. 2, 720 nebst den Bemerkungen. In dem Überweisungsbeschlusse ist auszusprechen, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag zu hinterlegen habe. Auf den vom Drittschuldner hinterlegten Betrag findet das in Bem. Nr. 4 litt. a zu § 709 Gesagte entsprechende Anwendung.

§ 739.

Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner binnen zwei Wochen, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, dem Gläubiger zu erklären:

1) **ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;**
2) **ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen;**
3) **ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.**

Digitized by Google

Die Aufforderung zur Abgabe dieser Erklärungen muß in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.

Die Erklärungen des Drittschuldners können bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb der im ersten Absatze bestimmten Frist an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Im ersteren Falle sind dieselben in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und von dem Drittschuldner zu unterschreiben.

Mot. S. 434, 435. KPr. S. 400, 401, 572.

Litteratur: A. Förster Arch. f. c. Pr. LXXV S. 140 ff.

1. Nach dem Vorbilde des Code de proc. art. 570 ff. legt § 739 dem Drittschuldner die Pflicht auf, dem Gläubiger auf Verlangen über die in § 739 Nr. 1—3 bezeichneten Punkte Auskunft zu erteilen. Die Mot. S. 435 rechtfertigen dies aus der allgemeinen Verpflichtung zur Zeugnisabgabe. Die Nichterfüllung der Pflicht zur Auskunftserteilung hat nicht, wie nach dem franz. Rechte, die Fiktion des Anerkenntnisses zur Folge, wohl aber die Haftung des Drittschuldners für den dem Gläubiger etwa daraus entstehenden Schaden. Schaden kann durch die Kosten eines vergeblichen Prozesses gegen den Drittschuldner oder auch durch Versäumung anderer Vollstreckungsmaßregeln entstehen.

2. Zur Erteilung der Auskunft kann der Gerichtsvollzieher den Drittschuldner bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses auffordern. Die Aufforderung wird in die Zustellungsurkunde aufgenommen. Der Drittschuldner erhält die Abschrift der Zustellungsurkunde. Natürlich kann der Gläubiger auch nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses den Drittschuldner zur Abgabe von Erklärungen auffordern, aber das Präjudiz des Abs. 2 gilt nur, wenn die Aufforderung bei der Zustellung des Pfändungsbeschlusses in der Zustellungsurkunde erfolgte. [Vgl. Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 469, Förster a. a. O. S. 154. AM. Petersen (2) S. 1028.] Beantwortet der Drittschuldner die von dem Gerichtsvollzieher an ihn gestellten Fragen sofort, so nimmt der GV. die Erklärungen in die Zustellungsurkunde auf und läßt sie von dem Drittschuldner unterschreiben. Später kann der Drittschuldner seine Erklärungen noch bei dem GV. oder auch direkt bei dem Gläubiger schriftlich oder mündlich abgeben. Daß der GV. in diesem Falle ein Protokoll errichte, ist nicht vorgeschrieben; aber zweckmäßigerweise wird er sich eine Vormerkung machen. Eine Erklärung nach Ablauf der zweiwöchigen Frist braucht der GV. nicht mehr entgegenzunehmen, er kann den Drittschuldner an den Gläubiger verweisen. Bei Abgabe der Erklärung nach Ablauf der Frist bleibt der Drittschuldner zum Schadensersatze verbunden, wenn der Gläubiger durch Unterlassung der rechtzeitigen Erklärung geschädigt ist.

Daß der Postbote an Stelle des GV. den Drittschuldner zur Abgabe der Erklärungen auffordere und dessen Erklärungen entgegennehme, ist im Gesetze nicht vorgesehen. Der Postbote ist auch nicht dazu geeignet. Daher ist die Zustellung durch die Post, wenn der Gläubiger verlangt, daß der Drittschuldner zur Abgabe der in § 739 bezeichneten Erklärungen aufgefordert werde, unbrauchbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 469 bei N. 4, Petersen S. 1028, Förster a. a. O. S. 158, preuß. GA. f. GV. § 90 Abs. 1.

Wenn der Pfändungsbeschluß dem Drittschuldner im Auslande zuzustellen ist (vgl. dazu Bem. Nr. 3 litt. a zu § 730) und die Aufforderung des Drittschuldners von dem Gläubiger verlangt wird, so ersucht der Vorsitzende, die ausländische Behörde oder den im Auslande residierenden Konsul oder Gesandten des Reichs auch darum, die dem § 738 entsprechende Aufforderung durch das Zustellungsorgan zu erlassen und die Erklärungen

Digitized by Google

des Drittschuldners entgegen zu nehmen. Ob die ausländische Behörde sich dazu herbeiläßt, ist eine Frage für sich. Läßt sie sich dazu herbei, so genügt die dem ausländischen Zustellungsorgane oder Gerichte gegenüber abgegebene Erklärung dem inländischen Gesetze. Ob der Drittschuldner bei Unterlassung der Erklärung zum Schadensersatze verpflichtet wird, ist nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen.

3. Welche Wirkung der Erklärung des Drittschuldners, daß er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei, zukommt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Ist Zahlungsversprechen ein selbständiger Verpflichtungsgrund, so entsteht daraus eine Verpflichtung zur Zahlung; dann kann der Drittschuldner eine Forderung gegen den Schuldner nicht mehr aufrechnen [RG. 26. Jan. 1892 Entsch. XXIX Nr. 87 S. 337 ff.].

§ 740.

Der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, ist verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

Mot. S. 435. KPr. S. 401, 407, 572.

1. Zur Streitverkündung (§ 69 ff.) ist der Gläubiger sowohl bei Überweisung zur Einziehung als bei Überweisung an Zahlungsstatt verpflichtet. Auch bei dieser ist der Schuldner am Ausgange des Prozesses interessiert, weil seine Schuld nur insoweit getilgt wird, als die Forderung besteht; vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 736.

2. Verkündet der Gläubiger dem Schuldner den Streit, so kommen die Vorschriften des § 71 Abs. 3 vgl. mit § 65 zur Anwendung. Welche Folgen die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 69. Wurde in einem Falle, wo die Forderung zur Einziehung überwiesen war, die Klage des Gläubigers wegen Nichtbestehens der Forderung abgewiesen, so ist der Gläubiger verpflichtet, dem Schuldner den Schaden zu ersetzen, der ihm durch Unterlassung der Streitverkündung zuging; den Ersatzanspruch kann der Schuldner gegenüber der Forderung des Gläubigers aufrechnen und die darauf sich stützende Einwendung durch Widerspruchsklage nach § 686 geltend machen. Wurde in einem Falle, wo die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen war, die Klage des Gläubigers wegen Nichtbestehens der Forderung abgewiesen, so kann der Schuldner gegen den Gläubiger, der die Vollstreckung fortsetzt, weil seine Forderung nicht getilgt sei, Widerspruchsklage auf Grund des Einwandes erheben, daß die Forderung getilgt sei, weil trotz dem abweisenden Urteile die überwiesene Forderung bestanden habe, und der Gläubiger kann, da er die Streitverkündung unterließ, sich nicht auf das Urteil berufen, sondern müßte den Nachweis, daß die ihm überwiesene Forderung nicht bestand, in anderer Weise führen.

Soweit nach § 740 keine Verpflichtung zur Streitverkündung besteht, kann die Unterlassung dem Gläubiger nicht als Verschulden angerechnet werden. Aber daraus folgt noch nicht, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber in die gleiche Lage käme, wie wenn der Streit verkündet worden wäre; vielmehr ist der Schuldner, dem der Streit nicht verkündet wurde, mit der Behauptung, das der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt wurde, zuzulassen.

§ 741.

Der Gläubiger, welcher die Beitreibung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung verzögert, haftet dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden.

Mot. S. 435. KPr. S. 401, 402, 572.

Digitized by Google

Ob der Schuldner nach Überweisung einer Forderung zur Einziehung gegen den Drittschuldner noch auf Hinterlegung klagen kann, ist zweifelhaft (vgl. Bem. Nr. 2 litt. a zu § 736); jedenfalls braucht er dies nicht zu thun, sondern kann dem Gläubiger überlassen, die Forderung beizutreiben. Verzögert der Gläubiger die Beitreibung — und eine Verzögerung liegt stets vor, wenn der Gläubiger die Beitreibung verschiebt — so haftet er dem Schuldner für Schadensersatz. Der Anspruch auf Schadensersatz kann sowohl durch eine gewöhnliche Klage als zum Zwecke der Aufrechnung durch die Widerspruchsklage nach § 686 geltend gemacht werden.

§ 742.

Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Die Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen.

Mot. S. 435. KPr. S. 402, 572.

1. Bei der Überweisung zur Einziehung besteht der Anspruch des Gläubigers fort. Der Gläubiger kann die durch die Pfändung und Überweisung erworbenen Rechte aufgeben und seinen Anspruch behalten. Der § 742 erwähnt nur den einheitlichen Verzicht auf die durch Pfändung und Überweisung erworbenen Rechte. Ein Verzicht bloß auf die durch Pfändung erworbenen Rechte ist unmöglich, da die Wirkungen der Überweisung nicht selbständig fortdauern können. Ein Verzicht auf die durch Überweisung erworbenen Rechte unbeschadet des Pfandrechts ist möglich, aber kaum von praktischer Bedeutung; denn die Überweisung zur Einziehung spricht nur die Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Drittschuldner aus und der Verzicht auf diese Legitimation ohne Verzicht auf das Pfandrecht giebt die Forderung nicht frei. Um die Überweisung an Zahlungsstatt zu beantragen, braucht der Gläubiger nicht auf die Überweisung zur Einziehung zu verzichten.

2. Der Verzicht muß schriftlich erklärt und die Erklärung dem Schuldner nach §§ 152 ff. zugestellt werden (norbd. Prot. IV S. 2044); er bedarf nicht der Annahme. Die Zustellung an den Drittschuldner benachrichtigt diesen von dem Verzichte, gehört aber nicht zum Verzichte.

3. Die Kosten der aufgehobenen Pfändung und der Aufhebung sind nach § 87 zu beurteilen; regelmäßig werden sie nicht zu den notwendigen Kosten gehören.

§ 743.

Ist die gepfändete Forderung eine bedingte oder eine betagte, oder ist ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden, so kann das Gericht auf Antrag an Stelle der Überweisung eine andere Art der Verwertung anordnen.

Vor dem Beschlusse, durch welchen dem Antrage stattgegeben wird, ist der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

Mot. S. 435. KPr. S. 402, 572.

1. „Aus anderen Gründen" — z. B. weil über das Vermögen des Drittschuldners der Konkurs eröffnet oder weil zur Zeit vom Drittschuldner keine Befriedigung zu erhalten ist.

2. Die Anordnung, daß die Forderung auf andere Art als durch Überweisung verwertet werde, kann vor oder nach der Überweisung zur Einziehung beantragt werden. Um dies auszudrücken, hat die Red.Komm. d. JK. d. RT. die Worte: „die zur Einziehung

Digitized by Google

überwiesene Forderung" in „die gepfändete Forderung" umgeändert. Nach Überweisung an Zahlungsstatt kann eine andere Art der Verwertung nicht beantragt werden (arg. § 736 Abs. 2). — Der Antrag ist an das Vollstreckungsgericht (§ 729 Abs. 2) zu richten. Das Gesuch kann ohne Gehör des Gegners (exequendus) abgewiesen, aber nicht ohne dessen Gehör bewilligt werden. Nur dann ist der Gegner nicht zu hören, wenn er sich im Auslande befindet (in diesem Falle ist hier nicht, wie in § 730 Abs. 2, die Aufgabe zur Post vorgeschrieben) oder wenn sein Aufenthalt unbekannt ist. Der abweisende Beschluß ist dem Gläubiger, der bewilligende Beschluß ist beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen. Dem Gläubiger steht gegen die Abweisung, dem Schuldner gegen die Bewilligung des Antrags die sofortige Beschwerde zu (§ 701).

3. „Eine andere Art der Verwertung" — z. B. der freihändige Verkauf zum Börsen- oder Marktpreise, insbesondere bei Wechselforderungen ausführbar, oder die Versteigerung.

4. Über Realisierung eines von Gegenleistungen abhängigen Anspruchs s. RG. 21. Jan. 1882 Entsch. VI Nr. 116 S. 378 ff.

§ 744.

Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels durch den Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat die Wirkung eines Arrestes (§ 810), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung zugestellt ist.

Mot. S. 435. EPr. S. 402, 572.

1. Die Benachrichtigung des Drittschuldners, daß die Pfändung bevorstehe, muß, um die in § 744 bestimmte Wirkung zu haben, auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels erfolgen. Da Arrestbefehle zu den vollstreckbaren Schuldtiteln gehören, so kann die Benachrichtigung auch auf Grund eines dinglichen Arrestbefehls erfolgen. Auf Grund einstweiliger Verfügung kann die Benachrichtigung nur erfolgen, wenn die einstweilige Verfügung durch Pfändung vollziehbar ist. Hängt die Vollstreckbarkeit eines Schuldtitels von einer Sicherheitsleistung ab, so muß die Sicherheit vor der Benachrichtigung geleistet sein; Sicherheitsleistung vor der Pfändung genügt nicht, weil die Vollstreckbarkeit durch die vorgängige Sicherheitsleistung bedingt ist. Zweifelhaft ist, ob der vollstreckbare Schuldtitel dem Schuldner vor der Benachrichtigung des Drittschuldners zugestellt sein muß. Da die Benachrichtigung, wenn auch nur bedingungsweise, die Wirkung einer Arrestvollziehung hat, so ist sie als Beginn der Zwangsvollstreckung zu betrachten und daher nach § 671 nur wirksam, wenn der Vollstreckungstitel dem Schuldner zugestellt war. [Vgl. Fitting Lehrb. (7) S. 732 N. 13, Raddatz Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 671 ff., Linckelmann Ztschr. f. d. CPr. XX S. 177. AM. Struckm. Koch N. 2, Francke Ztschr. f. d. CPr. X S. 118 f., Gaupp II S. 475, Falkmann Zwangsvollstr. S. 253, OLG. Celle SA. XLIX Nr. 223, auf Grund der Annahme, daß die Benachrichtigung noch nicht Vollstreckung sei; diese Ansicht führt zu dem m. E. unhaltbaren Ergebnisse, daß bei rechtzeitiger Pfändung das Pfandrecht auf einen Zeitpunkt vor Zustellung des Titels zurückdatiert würde.] Nur

Digitized by Google

auf Grund eines Arrestbefehls kann die Benachrichtigung vor der Zustellung des Titels erfolgen, weil nach § 809 Abs. 3 hier ausnahmsweise die Vollziehung vor der Zustellung zulässig ist; doch muß in diesem Falle die Zustellung des Titels in der Frist des § 809 Abs. 3 nachgeholt werden.

Hat eine Benachrichtigung stattgefunden, ohne daß ein vollstreckbarer Titel vorlag oder bevor er dem Schuldner zugestellt war (die Ausnahme nach § 809 Abs. 3 vorbehalten), so hat sie nicht die im Abs. 2 bezeichneten Wirkungen; das durch die nachfolgende Pfändung entstehende Pfandrecht wird nicht zurückdatiert. [Vgl. RG. 11. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 10 S. 43.]

2. Die Benachrichtigung erfolgt durch ein Schriftstück; Anwaltszwang besteht nicht. In dem Schriftstücke muß dem Drittschuldner erklärt werden, daß die Pfändung bevorstehe und daß er aufgefordert werde, nicht an den Schuldner zu zahlen. [Vgl. RG. 20. Okt. 1893 SA. XLIX Nr. 222.] Ferner muß das Schriftstück die an den Schuldner gerichtete Aufforderung enthalten, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung, zu enthalten. Dieses Schriftstück ist dem Drittschuldner nach den Vorschriften der §§ 152 ff. zuzustellen; öffentliche Zustellung ist ebenso wie im Falle des § 730 Abs. 3 ausgeschlossen. Dasselbe Schriftstück ist dem Schuldner zuzustellen. Obwohl die Benachrichtigung nach Bem. Nr. 1 als Beginn der Vollstreckung zu betrachten ist, hat der Gerichtsvollzieher nicht vor der Zustellung zu prüfen, ob der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat und ob dieser zugestellt ist; denn die Zustellung ist keine Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers [vgl. Wilm. Levy N. 5, Gaupp S. 475 bei N. 4, preuß. GA. f. GV. § 93].

3. Die Benachrichtigung an den Drittschuldner hat, auch wenn die Zustellung an den Schuldner unterblieb [RG. 31. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 125 S. 420 f.], die Wirkung eines Arrestes — richtiger: einer Arrestvollziehung, wie aus der Allegierung des § 810 hervorgeht [vgl. RG. 3. Juli 1890 Entsch. XXVI Nr. 91 S. 427], wenn die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen nach den Vorschriften des § 730 bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage der Zustellung an den Drittschuldner. Sie kann weder vom Gerichte (arg. § 202) noch von den Parteien verlängert werden, da auch der Drittschuldner und andere Gläubiger an ihrer Einhaltung interessiert sind. Sie wird durch die Gerichtsferien nicht berührt (arg. GVG. § 204). Über das Verhältnis dieser Frist zu der Fristbestimmung in § 809 Abs. 2 s. Bem. Nr. 2 zu § 809. Wird die Pfändung in der gesetzlichen Frist bewirkt, so wird das durch die Pfändung entstehende Pfandrecht ex tunc, d. i. vom Zeitpunkte der Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner, datiert [RG. Entsch. XVII S. 329, XXVI S. 427]. Daher sind die nach diesem Zeitpunkte liegenden Zahlungen und andere Liberationsgeschäfte dem Gläubiger gegenüber unwirksam; daher hat der Gläubiger vor anderen Gläubigern, die erst nach jenem Zeitpunkte ein Pfandrecht erwarben, das Vorrecht. Wird die Forderung innerhalb der Frist nicht oder nicht ordnungsmäßig gepfändet, so ist die Benachrichtigung wirkungslos. Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners macht die Pfändung unmöglich [KG. Berlin Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 279. Unrichtig v. Völderndorff Ztschr. f. d. CPr. VI S. 168]; ebenso ein nach § 98 der KO. erlassenes allgemeines Veräußerungsverbot [RG. 3. Juli 1890 Entsch. XXVI Nr. 91 S. 426 f.]. Die Benachrichtigung des Drittschuldners kann wiederholt und dadurch eine neue Frist eröffnet werden [aM. OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 297]; natürlich wird die auf die zweite Benachrichtigung folgende Pfändung nur auf diese zurückbezogen.

Während der dreiwöchigen Frist ist die Wirkung der Benachrichtigung in der Schwebe.

Digitized by Google

Während dieser Zeit kann der Gläubiger die Forderung nicht einklagen, weil es noch nicht feststeht, ob er ein Pfandrecht bekommt; der Schuldner kann gegen den Drittschuldner nur auf Hinterlegung klagen. Der Drittschuldner kann sich durch Hinterlegung befreien, weil ungewiß ist, wer zur Einziehung berechtigt wird.

Inwieweit eine nach § 744 erfolgte Benachrichtigung von bevorstehender Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (arg. § 731). Ausdrückliche Bestimmungen enthalten nur das lüb. Ges. v. 16. Juli 1879 (Samml. v. BO. XLVI S. 162) § 2 und das hamb. Ges. v. 14. Juli 1879 (GS. 146) § 17. Über das bay. Recht s. Merkel Bl. f. RA. XII Erg.Bd. S. 145 ff.

Wirkungslos ist die Benachrichtigung, wenn sie zu einer Zeit erfolgt, wo der Benachrichtigte noch nicht Schuldner war [RG. 25. Juni 1892 SA. XLVIII Nr. 165].

4. Für Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren ist § 744 bedeutungslos. Die Benachrichtigung des Drittschuldners kann die Begebung der Papiere durch den Schuldner nicht hindern. Dem Drittschuldner kann, ohne daß das Papier nach § 732 gepfändet ist, nicht verwehrt werden, an den Schuldner zu zahlen, da er an den Inhaber zu zahlen verpflichtet ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 2 Abs. 4, Hellwig Verpfändung und Pfändung S. 123. AM. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 476 N. 15.]

§ 745.

Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt nach den Vorschriften der §§ 730—744 unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen.

Mot. S. 436. KPr. S. 405, 572.

1. „Ansprüche, welche — zum Gegenstand haben" — sind hier den „Geldforderungen" der §§ 730 ff. einerseits und den „anderen Vermögensrechten" des § 754 andererseits gegenübergestellt. Einerlei ist, ob die Ansprüche dinglicher oder obligatorischer Natur, ob die körperlichen Sachen bewegliche oder unbewegliche sind. — Der Anspruch auf Herausgabe eines Geldbepots in specie fällt unter § 745.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der Fassung des RG. vom 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 N. 2, 31.

§ 746.

Bei der Pfändung eines Anspruchs, welche eine bewegliche körperliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei.

Auf die Verwertung der Sache finden die Vorschriften über die Verwertung gepfändeter Sachen Anwendung.

Mot. S. 436. KPr. S. 408, 572.

1. Die Anordnung ist von dem Vollstreckungsgerichte (§§ 729 Abs. 2, 810 Abs. 1) zu erlassen; sie bildet eine notwendige Ergänzung des arrestatorium (§ 730 Abs. 1) und ist, wie dieses, dem Drittschuldner und dem Schuldner zuzustellen. Über Pfändung von Sachen, die in einem Strafverfahren beschlagnahmt sind, s. RG. 18. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1172. Über Pfändung von Postsendungen s. Rutz Bl. f. RA. LX S. 33, 49, 65, 81 ff. — Bei Pfändung von Forderungen aus indossablen Papieren (Konossements, Lagerscheinen) kann die Herausgabe der Sache an den GV. erst nach Pfändung der Papiere (§ 732) angeordnet werden. Steht dem Schuldner und einem Dritten gemeinschaftlich der Anspruch auf Herausgabe einer Sache zu, so ist der ideelle Anteil des Schuldners pfändbar; es ist

Digitized by Google

anzuordnen, daß die Sache an den GV. und den Dritten gemeinsam herauszugeben sei [RG. 6. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 43 S. 176].

2. Welche Rechte der Gläubiger an den herausgegebenen Sachen hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger ein Faustpfandrecht [vgl. Windscheid Pand. I § 239 N. 12, Mandry der civilrechtl. Inhalt (3) S. 343, 381, RG. 30. Okt. 1884 Entsch. XIII Nr. 86 S. 344. AM. Hellwig a. a. O. S. 199 ff.], und zwar entsteht dieses Pfandrecht mit der Herausgabe an den GV. [RG. 15. Juni 1885 Entsch. XXV Nr. 37 S. 187 f.]. Die Rangverhältnisse mehrerer Pfandrechte an diesen Sachen bestimmen sich nach der Zeit der Pfändung; aber das durch Pfändung der Sachen (§ 717) vor deren Herausgabe entstandene Pfandrecht geht dem durch die spätere Herausgabe entstandenen Pfandrechte vor, wenn auch der Anspruch früher gepfändet war [RG. Entsch. XIII S. 344.]

3. „Die Vorschriften über die Verwertung" — s. §§ 716—726.

§ 747.

Bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei.

Die Zwangsvollstreckung in die herausgegebene Sache wird nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt.

Mot. S. 436. KPr. S. 403, 572.

1. Auf die „Anordnung" findet die Bem. Nr. 1 zu § 746 entsprechende Anwendung. Zuständig ist das Vollstreckungsgericht (§§ 729 Abs. 2, 810 Abs. 1). Zur Bestellung des Sequesters ist dagegen das Amtsgericht der belegenen Sache zuständig (vgl. § 755). Der Gläubiger muß bei diesem die Ernennung eines Sequesters beantragen und von der Ernennung den Schuldner benachrichtigen. Gehört die herauszugebende Sache dem Schuldner und einem Dritten gemeinsam, so findet Bem. Nr. 1 g. E. zu § 746 entsprechende Anwendung.

Ausführungsbestimmungen zu § 747 enthalten: preuß. AG. z. CPrO. § 17 und Ges. v. 18. Juli 1883 §§ 6 ff., anhalt. AG. §§ 18—22, sächs.-cob. AG. § 11, sächs.-mein. AG. § 9, Reuß j. L. AG. § 12, schwarzb.-rud. AG. § 11, schwarzb.-sond. AG. § 7.

2. Zu Abs. 2: Vgl. § 755. Die Rechte des Gläubigers an der sequestrierten Sache sind nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. — Vgl. a. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 1194.

3. § 747 ist auch anwendbar, wenn nach dem Landesgesetze (z. B. C. civ. art. 526) Ansprüche auf Herausgabe unbeweglicher Sachen zum unbeweglichen Vermögen gehören.

§ 748.

Eine Überweisung der im § 745 bezeichneten Ansprüche an Zahlungsstatt ist unzulässig.

Mot. S. 436. KPr. S. 403, 572.

Diese Ansprüche haben keinen „Nennwert".

§ 749.

Der Pfändung sind nicht unterworfen:

1) **der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63);**
2) **die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;**
3) **die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder**

Digitized by Google

sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf;

4) die aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
5) der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
6) das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
7) die Pensionen der Witwen und Waisen und die denselben aus Witwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
8) das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Versetzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

Übersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Teil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen.

Der Gehalt und die Dienstbezüge der im Privatdienste dauernd angestellten Personen (§ 4 Nr. 4 des Reichsgesetzes vom 12. Juni 1869) sind nur soweit der Pfändung unterworfen, als der Gesamtbetrag die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr übersteigt.

In den Fällen der beiden vorhergehenden Absätze ist die Pfändung ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere, Militärärzte und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittelung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

Mot. S. 436. KPr. S. 403—406, 572, 683, 718, 719.

1. Forderungen, die ihrem Wesen nach oder ihres Inhalts wegen nicht übertragbar sind, z. B. actiones vindictam spirantes, Forderungen, deren Leistungsinhalt sich durch Erfüllung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger verändern würde, können nicht gepfändet werden. [Vgl. Hellwig Verpfändung und Pfändung ꝛc. S. 76, Bl. f. RA. VIII Erg.Bd. S. 145 ff., wo ausgeführt ist, daß ein sog. Nahrungsauszug nicht pfändbar ist. Über Veräußerungsbeschränkungen in Bezug auf Aktien, Geschäftsanteile ꝛc. s. Petersen Wochenschr. f. Aktienrecht II S. 225 ff.] Weiter gehen die in § 749 enthaltenen, teils auf billiger Rücksichtnahme gegen den Schuldner, teils auf öffentlichem Interesse (Mot. S. 436)

Digitized by Google

beruhenden Beschränkungen. Der Schuldner kann auf diese Beschränkungen weder rechtswirksam verzichten, noch sie durch Vertrag ausschließen; vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 715. S. a. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 344. — Wurde eine Forderung, die nicht gepfändet werden kann, gepfändet, so hat der Schuldner die sofortige Beschwerde; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 685, wo auch abw. Meinungen erwähnt sind.

Die CPrO. schließt weder die freiwillige Abtretung und Verpfändung der bezeichneten Forderungen noch die Aufrechnung gegenüber diesen Forderungen aus [Bl. f. RA. LIII S. 39]. Ob die Abtretung, die Verpfändung und die Aufrechnung zulässig ist, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen [RG. 5. April 1881 Entsch. IV Nr. 42 S. 143.] Das bay. Ges. v. 18. Dez. 1887 (G.- u. VBl. S. 695) Art. 2 bestimmt:

„Soweit die in § 749 der CPrO. bestimmten Forderungen der Pfändung nicht unterworfen sind, findet vorbehaltlich der Bestimmungen der Reichsgesetze eine Übertragung oder Verpfändung derselben und bei den in Nr. 2, 3 des § 749 bezeichneten Forderungen auch eine Aufrechnung nicht statt. Die in Nr. 4 des § 749 bezeichneten Ansprüche dürfen nur auf geschuldete Beiträge aufgerechnet werden. Soweit die Übertragung und Verpfändung der Gehälter und Pensionen der Hof-, Staats- und Gemeindebeamten, öffentlichen Diener und Geistlichen zulässig ist, geschieht die Benachrichtigung der auszahlenden Kasse durch eine der Kasse auszuhändigende öffentliche Urkunde. Bei den Bezügen ihrer Witwen und Waisen ist jede Übertragung und Verpfändung ausgeschlossen."

Das auf eine unpfändbare Forderung gezahlte Geld ist pfändbar [OLG. Bamberg Ztschr. f. d. CPr. VI S. 147], Ausnahme: § 715 Nr. 7.

2. Die einschlagenden Bestimmungen des RG. v. 21. Juni 1869 lauten:

§ 1.

Die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar u. s. w.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, darf, sofern dieses Verhältnis die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat.

§ 2 Abs. 1.

Die Bestimmungen des § 1 können nicht mit rechtlicher Wirkung durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

§ 3.

Als Vergütung ist jeder dem Berechtigten gebührende Vermögensvorteil anzusehen. Auch macht es keinen Unterschied, ob dieselbe nach Stück oder Zeit berechnet wird.

Ist die Vergütung mit dem Preise oder Wert für Material oder mit dem Ersatze anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen, so gilt als Vergütung im Sinne dieses Gesetzes der Betrag, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien und nach Abzug der Auslagen übrig bleibt.

§ 4.

Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung:

1. auf den Gehalt und die Dienstbezüge der öffentlichen Beamten;
2. auf die Beitreibung der direkten persönlichen Staatssteuern und Kommunalabgaben (die derartigen Abgaben an Kreis-, Kirchen-, Schul- und sonstige Kommunalverbände mit eingeschlossen), sofern diese Steuern und Abgaben nicht vor länger als drei Monaten fällig geworden sind;
3. auf die Beitreibung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüche der Familienglieder;
4. auf den Gehalt oder die Dienstbezüge der im Privatdienst dauernd angestellten Personen, soweit der Gesamtbetrag die Summe von vierhundert Thaler jährlich übersteigt (abgeändert durch CPrO. § 719 Abs. 3).

Als dauernd in diesem Sinne gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig mindestens auf ein Jahr bestimmt, oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist.

Über Arbeits- und Dienstverhältnis vgl. OLG. Stuttgart in Ztschr. f. d. CPr. VII S. 111. — Zu den Familienmitgliedern der Nr. 3 des § 4 gehören nicht legitimierte außereheliche Kinder im Verhältnisse zu ihrem Vater nicht [SA. XXXV Nr. 173]. Auch dem Ortsarmenverbande, der gegen die zur Alimentation Verpflichteten Regreß nimmt, kommt die Ausnahme zu statten [LG. Freiberg Sächs. Arch. II S. 603]. — Über Pfändbarkeit einer zur Abfindung von Ansprüchen auf Arbeits- oder Dienstlohn vereinbarten Vergleichssumme s. OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 173.

Digitized by Google

3. Zu Nr. 2: „Alimente" s. Bem. Nr. 1 zu § 648. Vgl. a. Sächs. Arch. IV S. 742. Gesetzliche Ansprüche auf A. werden durch vertragsmäßige Anerkennung nicht pfändbar. Auch rückständige Alimente sind unpfändbar. Leibgeding und Altenteil kommen als Alimente in Betracht, soweit sie von einer zur Alimentation verpflichteten Person zur Erfüllung der Verpflichtung ausgesetzt sind. [Vgl. RG. 16. Dez. 1890 SA. XLVI Nr. 241, OLG. Hamburg SA. XLI Nr. 318, OLG. Königsberg Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 466. Abw. OLG. Braunschweig SA. XXXVIII Nr. 288.]

4. Zu Nr. 3: Unter diese Vorschrift fallen auch Einkünfte aus Familienfideikommissen [RG. 16. Jan. 1881 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1180]. — Die Schlußworte der Nr. 3 des Entw. III „und nicht im stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben" wurden in der JK. d. RT. gestrichen. Das Bedürfnis kann daher nicht wegen der Erwerbsfähigkeit des Schuldners verneint werden [RG. 27. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 113 S. 386 f., 19. Dez. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 743]. Der Schuldner hat zu beweisen, daß er der Einkünfte zur Bestreitung des Unterhalts bedarf [RG. 11. Apr. 1888 SA. XLIV Nr. 70]. Bei Veränderung des Bedürfnisses ändert sich der pfändbare Betrag [RG. 16. Jan. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1181].

Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, wonach Zuwendungen Dritter in weiterem Umfange den Gläubigern gegenüber unangreifbar gemacht werden können (z. B. pr. ALR. II 2 § 424, 425, 429, vgl. RG. 10. Febr. 1880 Entsch. I Nr. 65 S. 177 ff.) behalten ihre Wirksamkeit. Ein durch Vermächtnis zugewendeter Nießbrauch an Wertpapieren oder Kapitalien kann hiernach unpfändbar sein [RG. 18. Dez. 1883 Entsch. XI Nr. 95 S. 373, 27. Okt. 1884 XII Nr. 113 S. 383]. — Der Anspruch an eine Feuerversicherungsgesellschaft auf Entschädigung, die gesetz- oder vertragsmäßig zum Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes zu verwenden ist, ist pfändbar, kann aber nur in der Art realisiert werden, daß der Wiederaufbau ausgeführt wird. [Vgl. Struckm. Koch N. 15 Abs. 2, Wilm. Levy N. 1, Hellmann Komm. III S. 118. AM. Ortenau Komm. z. bay. Subh.Ordn. (2) S. 46.]

5. Zu Nr. 4: Vgl. RGew.Ordn. §§ 140 ff. in der Fassung d. Bek. v. 1. Juli 1883 (RGBl. S. 177); RG. über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876 § 10 in der Fassung des RG. v. 1. Juni 1884 (RGBl. S. 54); Krankenversicherungsgesetz in der Fassung der Bekanntm. v. 10. Apr. 1892 (RGBl. S. 417) § 56 Abs. 2, wo bestimmt ist: „Die dem Unterstützungsberechtigten zustehenden Forderungen können mit rechtlicher Wirkung weder verpfändet, noch übertragen, noch für andere als die im § 749 Abs. 4 der CPrO. bezeichneten Forderungen der Ehefrau und ehelichen Kinder und die des ersatzberechtigten Armenverbandes gepfändet werden." Ferner preuß. Berggesetz vom 24. Juni 1865 § 171—173, bay. Berggesetz vom 20. März 1869 Art. 173—175; württ. Berggesetz v. 7. Okt. 1874 Art. 157—159. — Dieselbe Beschränkung wie das Krankenversicherungsgesetz enthält das Unfallversf.Ges. v. 6. Juli 1884 (RGB. S. 69) § 68. Ausdehnungen dieses Gesetzes s. RGBl. 1885 S. 159, RGBl. 1886 S. 205, RGBl. 1888 S. 1. Ebenso, wie das Unfallversich.Gesetz, bestimmen das RG. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in landwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Arbeiter (RGBl. S. 132) § 73, das RG. v. 11. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen (RGBl. S. 287) § 38, das RG. v. 13. Juli 1887 betr. die Unfallversicherung der Seeleute (RGBl. S. 329) § 76 und das RG. v. 22. Juni 1889 betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung (RGBl. S. 97) § 40 bezüglich der den Versicherten auf Grund dieser Gesetze zustehenden Forderungen.

6. Zu Nr. 5: Vgl. RG. v. 27. Juni 1871 §§ 64 ff. (RGBl. S. 275), RG. v. 4. April 1874 (RGBl. S. 25) und RG. v. 22. Mai 1893 (RGBl. S. 171) Art. 18.

Digitized by Google

7. Zu Nr. 6: „Militärperson" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 14, Bem. Nr. 2 zu § 673. — „Mobilen Truppenteils — in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges" s. Bem. Nr. 1 zu § 184.

8. Zu Nr. 7: Vgl. RG. v. 27. Juni 1871 §§ 39 ff. (RGBl. S. 275), RG. v. 20. April 1881 § 17 (RGBl. S. 85), VO. v. 8. Juni 1881 (RGBl. S. 117), RG. v. 17. Juni 1887 (RGBl. S. 237), preuß. Ges. v. 20. Mai 1882 (GS. S. 298).

9. Zu Nr. 8: „Diensteinkommen" — Gehalt, Besoldung, Gratifikation, einschließlich der Naturalbezüge, der Wohnungsgeldzuschüsse und Mietsentschädigungen (RG. v. 30. Juni 1873, RGBl. S. 166). Servis gehört nicht dazu. — „Offiziere" s. Anl. A Nr. I z. MStrGB., Bem. Nr. 2 zur CPrO. § 343. Die Nachweisung der Militärbehörden und Personen, die bei Pfändung des Diensteinkommens der Offiziere und Beamten im Ressort der preuß. Mil.Verwaltung berufen sind, den Militärfiskus als Drittschuldner zu vertreten, s. CBl. f. d. DR. 1881 S. 386; die entsprechende Nachweisung für Sachsen: eod. S. 446, für Württemberg: eod. S. 472, für Bayern eod. 1882 S. 92. — „Beamten" — „Geistliche" s. Bem. Nr. 5 zu § 715. — Rechtsanwälte sind keine Beamte. Ob Notare Beamte sind, richtet sich nach dem Landesrechte. [Unrichtig die generelle Negation der Beamtenqualität in KPr. S. 403.] — Unter „Pension" fällt auch das Wartegeld. — „Sterbe- oder Gnadengehalt — vgl. Reichsbeamtengesetz §§ 7, 69; preuß. Kab.Ordre v. 15. Okt. 1819; bay. Dienstespragmatik v. 1. Januar 1805 XXIV § 6. — Nach RG. v. 2. Juni 1878 (RGBl. S. 99) § 3 ist die den Inhabern des eisernen Kreuzes gewährte Ehrenzulage der Beschlagnahme ganz entzogen. — In der JK. d. RT. wurde abgelehnt, Tagegelder und ähnliche Leistungen, die Personen für die Ausübung eines öffentlichen Berufs, z. B. als Landtagsmitglieder, beziehen, von der Pfändung auszunehmen.

10. Zu Abs. 2: Vgl. RG. v. 22. Mai 1893 (RGBl. S. 171) Art. 18.

11. Zu Abs. 3: Durch § 749 Abs. 3 ist § 4 Nr. 4 Abs. 1 des RG. v. 21. Juni 1869 (s. o. Bem. Nr. 2) abgeändert. Dagegen bleibt die Bestimmung des § 4 Nr. 4 Abs. 2 dieses Gesetzes in Geltung. — Während das Einkommen der öffentlichen Beamten ꝛc. nur zu einem Drittel des 1500 ℳ übersteigenden Betrags pfändbar ist, unterliegt der ganze Mehrbetrag des Einkommens der Privatbediensteten der Pfändung.

12. Zu Abs. 4: Die in Nr. 7, 8 in Verb. mit Abs. 2 und in Abs. 3 des § 749 enthaltenen Beschränkungen der Pfändung gelten nicht bei einer Zwangsvollstreckung wegen der in Abs. 4 bezeichneten Ansprüche. Begünstigt ist der Alimentenanspruch der Ehefrau gegen den Ehemann während der Ehe, nicht der Alimentenanspruch der geschiedenen Frau, auch nicht, wenn sie erst nach der Verurteilung geschieden wurde [RG. 14. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 8 S. 16, KG. Berlin SA. XLIV Nr. 150]; begünstigt ist ferner der Alimentenanspruch der ehelichen und der durch Legitimation den ehelichen gleichgestellten Kinder gegen die Eltern, nicht der Alimentenanspruch des unehelichen Kindes gegen die Mutter oder gegen den Erzeuger, nicht der Alimentenanspruch gegen die Großeltern. Die bezeichneten Ansprüche der Ehefrau und der Kinder beruhen auf Gesetz. Das Exekutionsprivilegium wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß durch Vertrag die gesetzliche Verpflichtung anerkannt oder die Höhe der Alimente bestimmt worden ist. — Zu beachten ist, daß die Begünstigung des § 749 Abs. 4 nicht allen Alimentenansprüchen, die in § 4 Nr. 3 des RG. v. 21. Juni 1869 (s. o. Bem. Nr. 2) bezüglich der Pfändung des Dienstlohns begünstigt sind, gewährt ist. — Die Begünstigung der in § 749 Abs. 4 bezeichneten Alimentenforderungen ist in den in der Bem. Nr. 5 angeführten Bestimmungen der Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetze sowie in dem in Bem. Nr. 10 cit. Gesetze wiederholt.

13. Zu Abs. 5: Einkünfte zur Bestreitung eines Dienstaufwandes sind

Digitized by Google

z. B. Umzugsgebühren, Tagegelder bei Dienstreisen, sog. Repräsentationsbezüge, Tafelgelder ꝛc. — „Servis" — vgl. Reichsverf. Art. 61, RG. v. 30. Juni 1873 (RGBl. S. 166) § 3, RG. v. 3. Aug. 1878 (RGBl. S. 243). Verschieden vom Servis ist der Wohnungsgeldzuschuß; dieser ist in das Diensteinkommen einzurechnen.

14. Nach Art. 23 Abs. 4 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 (RGBl. 1892 S. 793) können die aus dem internationalen Transporte herrührenden Forderungen der Eisenbahnen untereinander, wenn die schuldnerische Eisenbahn einem anderen Staate angehört als die forderungsberechtigte Eisenbahn, nicht mit Arrest belegt oder gepfändet werden, außer in dem Falle, wenn der Arrest oder die Pfändung auf Grund einer Entscheidung der Gerichte des Staates erfolgt, dem die forderungsberechtigte Eisenbahn angehört. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Forderungen derjenigen Eisenbahnen, welche dem internationalen Übereinkommen beigetreten sind, und nur auf Forderungen aus dem Gütertransport.

15. Ansprüche auf Herausgabe von Dienst- oder sonstigen Kautionen können, auch wenn der Anspruch auf Herausgabe bedingt und befristet ist, gepfändet werden; jedoch gehen die Ansprüche dessen, dem die Kaution gestellt ist, dem Pfändungspfandrechte vor. Vgl. preuß. Hinterl.Ordn. v. 14. März 1879 § 24.

§ 750.

Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 211 ff.

2. Trotz dem Vorrange der ersten Pfändung hat die Pfändung einer bereits gepfändeten Forderung Bedeutung sowohl wegen des Überschusses als wegen der Möglichkeit, daß das erste Pfandrecht erlischt. Die zweite Pfändung erfolgt nach § 730, bei Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren nach § 727. Ist eine Forderung dem ersten Gläubiger an Zahlungsstatt überwiesen, so ist die zweite Pfändung ihm gegenüber unwirksam, der Gläubiger kann Widerspruch nach § 690 erheben. Der erste Pfandgläubiger ist durch eine zweite Pfändung auch nicht behindert, sich die gepfändete Forderung nachträglich an Zahlungsstatt überweisen zu lassen. Aber in beiden Fällen greift trotz der relativen Unwirksamkeit der zweiten Pfändung der § 750 und folglich auch der § 753 ein, weil dem Drittschuldner die Untersuchung der Prioritätsverhältnisse der mehreren Gläubiger weder zugemutet noch überlassen werden kann. — Dem Gläubiger, für den die Forderung an zweiter Stelle gepfändet ist, kann sie nicht an Zahlungsstatt, sondern nur zur Einziehung überwiesen werden. Überweisung an Zahlungsstatt wäre dem prior creditor gegenüber unwirksam; dieser kann die Ungültigkeit im Verteilungsverfahren geltend machen, er kann Beschwerde nach § 701 und Widerspruchsklage nach § 690 erheben.

3. Ist dieselbe Geldforderung für mehrere Gläubiger gleichzeitig oder nacheinander gepfändet, so kann der Drittschuldner durch Zahlung an den Bestberechtigten sich von seiner Schuld befreien; er ist aber auch befugt, sich durch Hinterlegung bei Gericht zu befreien. Er soll nicht mehr an einen der pfändenden Gläubiger zahlen, sondern hinterlegen, wenn ein Gläubiger, dem die Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen ist, die Hinterlegung verlangt hat. Es genügt formloses, mündliches Verlangen.

Digitized by Google

Zustellung eines Schriftsatzes empfiehlt sich wegen des Beweises. Zahlte der Drittschuldner trotzdem einem der pfändenden Gläubiger, so kann er von dem Gläubiger, der die Hinterlegung verlangt hatte, auf Schadensersatz belangt werden. Auch kann dieser Gläubiger, wenn er den Vorrang des Zahlungsempfängers bestreitet, von dem Drittschuldner immer noch die Hinterlegung zum Zwecke der Herbeiführung des Verteilungsverfahrens verlangen. Beweist der Drittschuldner, daß die Zahlung an den Bestberechtigten erfolgte, so ist er allerdings nicht mehr zur Hinterlegung zu verurteilen. [Vgl. Falkmann Zwangsvollstr. S. 281, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 739.]

4. Über die Rechtsverhältnisse in Bezug auf den hinterlegten Betrag s. Bem. Nr. 4 litt. b zu § 706. — Verteilung s. § 758.

§ 751.

Ist ein Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlusse zur Empfangnahme der Sache ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Orts, wo die Sache herauszugeben ist.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen beteiligten Gläubiger eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgerichte anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

1. Zu Abs. 1: Vgl. §§ 746 und 750. — Wegen der Form des Antrags auf Ernennung eines GV. vgl. Bem. Nr. 1 zu § 729. Die Entscheidung ist gebührenfrei, GKG. § 47 Nr. 3, s. jedoch GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

2. Zu Abs. 2: Wegen Verwertung s. § 746 Abs. 2.

§ 752.

Betrifft der Anspruch eine unbewegliche Sache, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenen Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester herauszugeben.

Mot. S. 436, 437. KPr. S. 406, 572.

Vgl. § 747. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3, GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

§ 753.

Jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, ist berechtigt,

Digitized by Google

gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung der nach den Bestimmungen der §§ 750—752 diesem obliegenden Verpflichtungen zu erheben.

Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämtliche Gläubiger wirksam.

Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen.

Mot. S. 437. KPr. S. 406—408, 572.

1. Litteratur: Hellwig Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 217 ff., Kohler Ztschr. f. Pr. u. d. R. XIV S. 24 ff.

2. Zu Abs. 1: Hat ein Gläubiger von dem Drittschuldner die Hinterlegung (§ 750) oder die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher (§ 751) oder den Sequester (§ 752) verlangt, so kann jeder Gläubiger, dem der Anspruch zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen wurde, gegen den Drittschuldner auf Hinterlegung oder Herausgabe an den Gerichtsvollzieher oder Sequester klagen. Die Klage des Einzelnen bewirkt die Rechtshängigkeit des Anspruchs; der Klage eines zweiten Gläubigers kann die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden (arg. Abs. 4 des § 753). Klagen mehrere Gläubiger gemeinschaftlich, so sind sie Streitgenossen im Sinne des § 59. [Vgl. Hellwig a. a. O. S. 226.]

3. Zu Abs. 2: Ohne Überweisung kann der Gläubiger, für den der Anspruch gepfändet worden, nicht die Klage erheben, wohl aber sich dem Kläger anschließen. [Wach I S. 651 erklärt diese Anschließung für eine Nebenintervention.] Dazu ist auch der Arrestpfandgläubiger befugt. Die Anschließung erfolgt durch die in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung; denn dies ist die regelmäßige Erscheinungsform prozessualischer Parteihandlung, und eine Ausnahme ist nicht, wie in § 67 für den Beitritt des Nebenintervenienten, vorgesehen. Die Erklärung kann durch Schriftsatz vorbereitet werden, aber die Zustellung des Schriftsatzes ist noch keine Anschließung. [AM. v. Canstein Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 236, Hellwig a. a. O. S. 225 f.] Die Anschließung bewirkt Streitgenossenschaft nach § 59 bezüglich des Streits um die Existenz des gepfändeten Anspruchs [vgl. Hachenburg besondere Streitgenossenschaft S. 123].

4. Zu Abs. 3: Zu laden sind alle, auch die Arrestpfandgläubiger, die nicht bereits im Prozesse aufgetreten sind. Durch die Ladung zum ersten nach der Pfändung stattfindenden Verhandlungstermine genügt der Drittschuldner seiner Verpflichtung. Erfüllt der Drittschuldner die ihm auferlegte Ladungspflicht, so kann er gegenüber allen Gläubigern die exc. rei iud. geltend machen. Anderenfalls s. Bem. Nr. 6.

5. Zu Abs. 4: Das Urteil über den gepfändeten Anspruch — zu unterscheiden, sowohl von dem Urteile über die Pfandberechtigung der einzelnen Gläubiger, als auch von dem Urteile über prozessualische Punkte — ist für und gegen sämtliche Gläubiger wirksam, für die der Anspruch gepfändet worden ist. Für den Gläubiger, der sich nicht am Prozesse beteiligt hat, ist nach Analogie des § 665 die vollstreckbare Ausfertigung zu

Digitized by Google

erteilen, wenn seine Legitimation als Pfändungsgläubiger bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird; § 666 findet Anwendung. Jedem Gläubiger, auch dem im Prozesse nicht Aufgetretenen, kann der Drittschuldner, die exc. rei iud. auf Grund eines dem Drittschuldner günstigen Urteils entgegensetzen.

Die Motive bemerken: „Die Wirksamkeit der Entscheidung für alle beteiligten Gläubiger verhütet unnütze Wiederholungen desselben Prozesses und beeinträchtigt nicht den Drittschuldner, weil dieser wegen jener Wirkung auch solche Einwendungen vorbringen kann, welche ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen."

Der Schluß dieser Bemerkung bezieht sich nur auf Einwendungen, die den gepfändeten Anspruch, nicht auf solche, die das Pfandrecht an dem Anspruche berühren. Welche Einwendungen aus der Person eines Gläubigers den gepfändeten Anspruch berühren und daher auch einem anderen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden können, ist aus dem materiellen Rechte in Verbindung mit den §§ 750—753 zu beurteilen. Eine Einwendung aus der Person des secundus creditor, z. B. die Einrede der Zahlung, des Nachlaßvertrags, der Kompensation, berührt den Bestand des gepfändeten Anspruchs überhaupt nicht weil der secundus creditor nicht verfügungsberechtigt ist. Einwendungen aus der Person des prior creditor berühren den Bestand des gepfändeten Anspruchs, insoweit die Grenzen der Verfügungsbefugnis des prior creditor eingehalten sind. So kann, weil der prior creditor schon bei der Überweisung zur Einziehung zum Empfange der Zahlung befugt ist, eine ihm geleistete Zahlung oder eine ihm gegenüber begründete Kompensation auch gegenüber der Klage des secundus creditor geltend gemacht werden. Zu Erlaß und Vergleich ist der prior creditor, dem der Anspruch zur Einziehung überwiesen ist, nicht befugt (s. Bem. Nr. 2 litt. b zu § 736); diese können also auch nicht geltend gemacht werden. Der prior creditor, dem der Anspruch an Zahlungsstatt überwiesen ist, kann durch Nachlaßvertrag und Vergleich über den gepfändeten Anspruch verfügen; daher können die betreffenden Einreden auch dem secundus creditor gegenüber geltend gemacht werden. Dabei ist zu beachten, daß gemäß §§ 750—753 mit dem Zeitpunkte, in dem ein Gläubiger das Verlangen der Hinterlegung oder Herausgabe an den GV. oder Sequester gestellt hat, die Verpflichtung des Drittschuldners zur Hinterlegung ꝛc. ꝛc. beginnt, folglich die Verfügung eines Gläubigers, und wäre er auch der prior creditor, dem Rechte der übrigen Gläubiger nicht mehr Eintrag thun kann. Daraus ergiebt sich die weitere Schranke, daß nur die Einwendung einem anderen Gläubiger entgegengestellt werden kann, die vor dem Verlangen der Hinterlegung entstanden ist; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 750. [So auch Struckm. Koch (6) N. 4, Wilm. Levy (6) N. 4 Abs. 2, Gaupp II S. 492 und in der Hauptsache auch Hellwig S. 217 ff. Unrichtig Hellmann Komm. III S. 123.]

6. Zu Abs. 5: Kommt der Drittschuldner der ihm durch Abs. 3 auferlegten Verpflichtung nicht nach, so kann sich zwar der nicht geladene Gläubiger auf das ihm günstige Urteil, aber der Drittschuldner kann sich nicht gegen den nichtgeladenen, am Prozesse nicht beteiligten Gläubiger auf das ihm (dem Drittschuldner) günstige Urteil berufen. Die Rechte des nicht geladenen Gläubigers werden durch den für den Drittschuldner günstigen Prozeßausgang nicht beeinträchtigt. Vgl. Mot. S. 437.

7. Das Urteil, das über den gepfändeten Anspruch entscheidet, begründet auch dem Schuldner gegenüber die exc. rei iudicatae, weil der Gläubiger das Recht des Schuldners in iudicium deduziert hat. Dies gilt auch, wenn die Streitverkündung (§ 740) unterblieben ist.

§ 754.

Auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht

Digitized by Google

Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, finden die vorstehenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Übergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußerung des Rechts selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gerichte angeordnet werden.

KPr. S. 408, 572.

1. In Vermögensrechte, die weder Geldforderungen noch Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen sind, findet die Zwangsvollstreckung nach § 754 statt, soweit sie wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind. Welche Rechte Vermögensrechte sind und welche Vermögensrechte übertragbar sind, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Rechte, die keine Vermögensrechte, Vermögensrechte, die nicht wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind, können nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein. Vgl. Entw. I e. BGB. § 312, Entw. II Anm. zu § 356. Daher kann die Delation einer Erbschaft nach dem gemeinen Rechte nicht Exekutionsobjekt sein; denn sie ist kein Vermögensrecht und nicht übertragbar. Der aus Verletzung des Noterben- oder Pflichtteilsrechts der Ascendenten, Descendenten und Geschwister entspringende Anspruch, mag man ihn als hereditatis petitio oder als querela inofficiosi testamenti konstruieren, ist gemeinrechtlich weder ein Vermögensrecht noch übertragbar, daher nicht Exekutionsobjekt. Über die Natur des Pflichtteilrechts nach dem preuß. ALR. besteht Meinungsverschiedenheit [Litteratur s. bei Struckm. Koch N. 1 litt. a]. Wäre das Pflichtteilsrecht ein Forderungsrecht [wie z. B. Zitelmann Beitr. z. E. d. DR. XX S. 370 ff. annimmt], so würde es Exekutionsobjekt sein; gegen die Möglichkeit der Exekution: pr. OTr. Entsch. XLIX S. 207, LXVI S. 250 ff., Beitr. z. E. d. DR. XIX S. 520, RG. 21. März 1894 eod. XXXIX S. 154. Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 1992 Abs. 2. Die Anwartschaft auf eine künftige Erbschaft ist kein Vermögensrecht, daher nicht Gegenstand der Vollstreckung [bay. ob. LG. SA. XL Nr. 298].

Die übertragbaren und daher als Gegenstand der Zwangsvollstreckung in Betracht kommenden Vermögensrechte gehören entweder zum unbeweglichen oder zum beweglichen Vermögen. Über die Zugehörigkeit entscheidet das Landesrecht (z. B. preuß. ALR. I, II §§ 7—9, bay. LR. II c. 1 § 91). Soweit sie zum unbeweglichen Vermögen gehören, unterliegen sie der Immobiliarexekution (§§ 755 ff.), soweit sie zum beweglichen Vermögen gehören, der Zwangsvollstreckung nach § 754.

Als Rechte, worauf die Vorschriften des § 754 Anwendung finden, kommen in Betracht:

a) Anteilsrechte an ungeteiltem Vermögen, z. B. an einer Erbschaft, am Vermögen einer Handelsgesellschaft (HGB. Art. 119, 126, 169; nordd. Prot. IV S. 2056. Mot. z. Entw. I S. 470), einer Genossenschaft (vgl. Genoss.Ges. v. 1. Mai 1889 §§ 64, 67 Abs. 2, 69 Abs. 1, 70). Daß zu dem ungeteilten Vermögen unbeweg-

Digitized by Google

liches Vermögen, gehört schließt die Anwendung des § 764 nicht aus [OLG. Frankfurt SA. XLIV Nr. 71]. Kuxe sind nach dem preuß. Berggesetze v. 24. Juli 1865 §§ 101, 109 und wohl auch nach anderen Berggesetzen als Wertpapiere zu behandeln.

b) Nutzungsrechte, z. B. Nießbrauch, Emphyteuse, Superficies, Wohnungsrecht, dingliche Pachtrechte, Rechte des Lehensvasallen und Fideikommißberechtigten ꝛc., soweit nicht derartige Rechte nach dem Landesrecht zum unbeweglichen Vermögen gehören. Emphyteuse, Superficies, Lehens- und fideikommissarische Rechte, Forstrechte u. dgl. werden regelmäßig zum Immobilarvermögen gehören (norbd. Prot. IV S. 2056, Mot. z. Entw. I S. 470). Ist mit dem Nießbrauche eine Belastung verbunden, wie dies insbesondere bei dem familienrechtlichen Nießbrauche der Fall ist, so ist Vollstreckung nur soweit zulässig, als der Ertrag nicht durch die Belastung erschöpft wird. [Vgl. KO. § 1 Abs. 2, Hüppner Arch. f. c. Pr. LXX S. 443 ff., OLG. Braunschweig SA. XLVII Nr. 119, OLG. Kassel eod. XLVIII Nr. 40, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 340.]

c) Gewerbeberechtigungen, soweit sie nicht zum unbeweglichen Vermögen gehören;

d) Urheberrechte an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken (RG. 11. Juni 1870), an Werken der bildenden Künste (RG. v. 9. Jan. 1876), an Photographien (RG. v. 10. Jan. 1876), an Mustern und Modellen (RG. v. 11. Jan. 1876), an Gebrauchsmustern (RG. v. 1. Juni 1891), an Warenzeichen (RG. v. 12. Mai 1894), sowie das Patentrecht (RG. v. 7. Apr. 1891), immer unter der Voraussetzung, daß sie wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind. Über Vollstreckung in Urheberrechte s. Stobbe d. PrR. III S. 46 f., Gierke d. PrR. I S. 813, Dambach Urheberrecht S. 36; speziell über Vollstreckung in ein Patentrecht s. Gareis Komm. z. Pat.Ges. S. 116, 120, Kohler Patentrecht S. 168 ff. u. Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 339 ff.

e) Hypotheken und Grundschulden des Eigentümers an dem eigenen Grundstücke; vgl. preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 64—66, 27.

2. Auf die Zwangsvollstreckung in die in § 754 bezeichneten Vermögensrechte finden die Vorschriften der §§ 729—753 entsprechende Anwendung, soweit dies nach der Art des Vermögensrechts thunlich ist. Ist die Leistung oder die Duldung eines Dritten zur Ausübung der fraglichen Rechte erforderlich, so ist der Dritte gleich dem Drittschuldner zu behandeln; wenn dies aber nicht der Fall ist, muß die Beschlagnahme bei dem Schuldner selbst eintreten. Bei einer dem Nutzungsrechte des Schuldners unterliegenden Sache entspricht außerdem die Besitzergreifung und Übergabe der Sache an einen zu bestellenden Verwalter dem Akte der Pfändung körperlicher Sachen; nach Eintritt der Verwaltung sind Anschlußbeschlüsse dem Verwalter zuzustellen (Mot. z. Entw. I S. 470). Die bezeichneten Rechte können dem Gläubiger zur Einziehung und wenn sie einen Nennwert haben, wie Eigentümerhypotheken und Eigentümergrundschulden, auch an Zahlungsstatt überwiesen werden.

Zweiter Titel.

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Die Motive bemerken: „Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Verteilungsverfahrens hängt derart mit dem Eigentums- und Hypothekenrechte zusammen, daß die erforderlichen Bestimmungen der Landesgesetzgebung überlassen werden müssen."

Digitized by Google

Die Landesgesetze sind in Bem. Nr. 1 zu § 757 angegeben. Der Entw. e. RG. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist 1889 erschienen. Dazu Entw. II e. BGB. Anm. zu § 1099.

Die allgemeinen Bestimmungen der CPrO. über die Zwangsvollstreckung (§§ 644—707) einschließlich derjenigen allgemeinen Bestimmungen der CPrO. über das Verfahren, welche nicht im Gesetze selbst durch speziellere Bestimmungen für das Gebiet der Zwangsvollstreckung modifiziert sind, finden auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen Anwendung. [Vgl. Hauser Ztschr. f. R. u. VR. IV S. 41, Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordn. (3) S. 29 ff., Ortenau Komm. z. bay. Subh.Ordn. (2) S. 8 ff., RG. 17. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 103 S. 374, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 25.] Die hiernach auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen anwendbaren Bestimmungen der CPrO. sind nicht subsidiäres Recht im Verhältnisse zum Landesrechte; sie können nicht durch Landesgesetz ausgeschlossen oder geändert werden, sondern gehen dem Landesgesetze vor.

§ 755.

Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

Die Zwangsvollstreckung wird von diesem Gerichte auf Antrag angeordnet.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. § 755 bezieht sich nur auf die Zwangsvollstreckung in Grundstücke. Für die Zwangsvollstreckung in anderes Immobiliarvermögen bleibt es bei der Zuständigkeit des aus § 684 Abs. 2 oder § 729 Abs. 2 sich ergebenden Vollstreckungsgerichts.

2. Der Antrag kann schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Das Landesgesetz kann weder eine dieser Formen ausschließen, noch den Anwaltszwang vorschreiben. Entscheidung über den Antrag s. § 684 Abs. 3; sofortige Beschwerde s. § 701.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 (in der Fassung des RG. vom 29. Juni 1881); GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31 Abs. 1.

§ 756.

Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Beteiligten von dem zunächst höheren Gerichte unter Berücksichtigung der im § 36 enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen.

Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. Die Vorschrift entspricht dem § 36 Nr. 2 und 4. Die Bem. Nr. 3 zu § 36 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Zu Abs. 1: Im Gesetze ist ein Redaktionsversehen unterlaufen. Es muß heißen: „unter Berücksichtigung der im § 37 enthaltenen Vorschriften". Der nordd. Entw. § 1020, der dem § 756 der CPrO. entspricht, verweist auf § 71 des nordd. Entw.; dieser Paragraph entspricht dem § 37 der CPrO. Der Entwurf I verweist in seinem dem § 756 der CPrO. fast wörtlich entsprechenden § 668 auf seinen § 36; dieser § 36 ist gleich

Digitized by Google

dem § 37 der CPrO. In dem Entw. II erfolgte eine Verschiebung, § 36 des Entw. I erhielt die Ziffer 37. Im § 690 des Entw. II wurde das übersehen, es blieb der § 36 darin stehen. So ging die irrige Erwähnung des § 36 aus § 690 des Entw. II in § 703 des Entw. III und in § 756 des Gesetzes über. Die Allegation des § 36 giebt keinen Sinn. Gemeint und zu berücksichtigen sind die Vorschriften des § 37. [So auch Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 340, Ortenau a. a. O. S. 7 N. 1 u. a.] Vgl. a. preuß. Ges. v. 4. März. 1879 betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbew. Verm. (GS. S. 102) § 4 Abs. 1, 2]. — Auf die Anträge und die Entscheidungen nach § 756 finden die Bemerkungen Nr. 1—4 zu § 37 Anwendung.

3. Zu Abs. 2: Die Zwangsvollstreckung in mehrere demselben Schuldner gehörige Grundstücke, die in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, kann bei diesen Gerichten gesondert betrieben werden. Beantragt der Gläubiger oder der Schuldner die Bestellung eines Vollstreckungsgerichts, so kann das höhere Gericht, wenn es dies für zweckmäßig hält, eines der Amtsgerichte zum gemeinsamen Vollstreckungsgerichte bestellen.

4. Auf die von einem Miteigentümer zum Zwecke der Auseinandersetzung des Miteigentums nach der preuß. Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 § 180 Nr. 2 beantragte Zwangsversteigerung ist § 756 nur als landesgesetzliche Bestimmung anwendbar; daher kann das Reichsgericht nicht um die Bestimmung des zuständigen Gerichts angegangen werden [RG. 1. Apr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 84 S. 357].

§ 757.

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Verteilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes. Auf Verteilungsstreitigkeiten finden die §§ 765—768 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 438. KPr. S. 408, 572.

1. Zu Abs. 1: Die in Betracht kommenden Landesgesetze sind:

Preußen: Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (kommentiert von Krech und Fischer, Jäckel, Rudorff, Dorendorf, Knorr, Czarnieckl), gültig im Geltungsbereich der Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872, außerdem Rhein. Subhastationsordnung v. 1. Aug. 1822 (GS. S. 197), Ges. v. 4. März 1879 (GS. S. 102), Ges. v. 12. Apr. 1888 (GS. S. 52); Bayern: Ges. v. 23. Febr. 1879 (Subhastations-Ordnung) nebst Ges. v. 29. Mai 1886 (zu beiden Gesetzen Komm. von Ortenau, 2. Aufl., bearbeitet von Fischer und Henle, ferner Komm. von Hellmann); Sachsen: Ges. v. 15. Aug. 1884 (G.- u. VBl. S. 223); Württemberg: Ges. v. 18. Aug. 1879 und Verf. v. 1. Okt. 1879 (dazu Gaupp die auf den Civilprozeß bezüglichen Normen des württ. Landesrechts, 1898, S. 65 ff.); Baden: GG. v. 3. März 1879 §§ 41—98, VO. v. 25. Juli 1879, 7. März 1883, 18. Juni 1891, zusammengestellt in Bekanntm. v. 10. Juli 1891 (G.- u. VOBl. S. 127); Hessen: AG. v. 4. Juni 1879 Art. 49—68, 110—181; Mecklenburg-Schwerin und Strelitz: VO. v. 24. Mai 1879; Anhalt: AG. z. CPrO. v. 25. März 1879 §§ 15—23, Ges. v. 10. Mai 1879; Braunschweig: Ges. v. 10. Juli 1879; Oldenburg: Ges. v. 2. April 1879; Sachsen-Altenburg: AG. v. 25. März 1879 §§ 15—22; Sachsen-Weimar: Ges. v. 12. Mai 1879; Sachsen-Coburg: Ges. v. 7. April 1879; Sachsen-Gotha: Ges. v. 7. April 1879; Sachsen-Meiningen: Ges. v. 21. Juni 1879; Reuß ä. L.: AG. z. CPrO. §§ 33—50; Reuß j. L.: Ges. v. 19. Sept. 1879; Schwarzburg-Rudolstadt: Ges. v. 8. Aug. 1878; Schwarzburg-Sondershausen: Ges. v. 26. Mai 1879; Lippe: Ges. v. 24. Juli 1880 u. v. 6. Juni 1882; Waldeck: Ges. v. 1. Sept. 1879; Hamburg: Ges. v. 14. Juli 1879; Lübeck: AG. v. 8. Febr. 1879 Art. 3 und Ges. v. 16. Juli 1879; Elsaß-Lothringen: Subh.Ordn. v. 30. April 1880.

Digitized by Google

2. Zu Abs. 2: Über das Verhältnis der Mobiliarexekution in stehende Früchte und Pertinenzen einer beweglichen Sache zur Immobiliarexekution vgl. Bem. Nr. 1 zu § 708.

„Inwiefern der Gläubiger berechtigt ist ꝛc." — vgl. für Preußen: Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 19 Nr 3, 22 Abs. 2; Grundb.Ordn. §§ 35, 41 ff.; AG. z. CPrO. §§ 18, 19; Ges. v. 4. März 1879, betr. die Immob.Vollstr., § 22; Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 6—12, 188, 189, 206, 207, 211 [dazu Krech u. Fischer Komm. (3) S. 94 ff., Hinrichs Studien aus dem Gebiete des preuß. Hypothekenrechts]. Über die Frage, ob Zwangsvollstreckungskosten in das Hypothekenbuch eingetragen werden können, s. Francke Ztschr. f. d. CPr. VII S. 74 ff. — Für Bayern: Subh.Ordn. v. 23. Febr. 1879 Art. 7 Abs. 2, 30, 130, 183. — Der Ausdruck „Hypothekenbuch" umfaßt auch das Grundbuch, Hypothekenregister u. dgl. Bücher (nordd. Prot. IV S. 2096).

3. Zu Abs. 3: Die §§ 758—764 finden auf das Verteilungsverfahren bei der Immobiliarexekution keine Anwendung, soweit nicht Landesgesetze dies bestimmen.

Dritter Titel.

Verteilungsverfahren.

Litteratur: Schönfeld das Verteilungsverfahren (Berlin 1887), Falkmann Zwangsvollstreckung S. 284 ff., Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 164 ff.

1. Das Verteilungsverfahren ist als Offizialverfahren konstruiert (Mot. S. 438 f.), alle Zustellungen und Ladungen sind von Amtswegen zu bethätigen.

2. Wegen der Gebühren s. GKG. § 42, GO. f. RA. § 39.

§ 758.

Das Verteilungsverfahren tritt ein, wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht.

Mot. S. 438, 439. KPr. S. 408, 572.

1. Die Voraussetzungen eines Verteilungsverfahrens sind:

a) Beteiligung mehrerer Gläubiger bei einer Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. Beteiligt sind die Gläubiger, für die gleichzeitig oder nacheinander dieselbe Sache oder Forderung gepfändet worden ist, einerlei ob die Pfändung auf Grund eines definitiven Vollstreckungstitels oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils oder eines Arrestbefehls erfolgte. Der Gläubiger, der den Drittschuldner gemäß § 744 von dem Bevorstehen der Pfändung benachrichtigt hat, ist seiner bedingten Beteiligung halber schon in der Zeit, während die Wirkung noch in der Schwebe ist, zum Verteilungsverfahren heranzuziehen. Ist in der dreiwöchigen Frist die Pfändung nicht ausgeführt, so steht fest, daß er nicht beteiligt ist. Nicht zu den Beteiligten gehört ein Dritter, der kraft eines die Exekution hindernden Rechts den hinterlegten Betrag oder kraft eines Pfand- oder Vorzugsrechts die vorzugsweise Befriedigung daraus beansprucht. Dieser hat die Klage nach § 690 oder § 710 zu erheben.

b) Hinterlegung eines Geldbetrags bei Gericht in Gemäßheit der §§ 728 Abs. 2 und 3, 750, 751 Abs. 2, 3.

c) Insuffizienz dieses Betrags zur Befriedigung aller beteiligten Gläubiger.

2. Einigen sich alle beteiligten Gläubiger und der Schuldner über die Verteilung, so entfällt das Verteilungsverfahren. Durch Übereinkunft kann auch ein bereits eingeleitetes Verfahren beendigt, es kann teilweise über die Masse verfügt und das Verfahren auf den Rest beschränkt werden.

Digitized by Google

§ 759.

Das zuständige Amtsgericht (§§ 728, 750—752) hat nach Eingang der Anzeige über die Sachlage an jeden der beteiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen.

Mot. S. 439, 440. KPr. S. 408, 572.

1. Die Allegation des § 752 beruht auf Redaktionsversehen. § 752 paßt nicht; denn die Zwangsvollstreckung in sequestrierte Bestandteile des unbeweglichen Vermögens einschließlich des Verteilungsverfahrens wird gemäß § 747 Abs. 2, 757 von den Landesgesetzen bestimmt.

2. Aus der nach §§ 728, 750, 751 von dem Hinterlegenden zu erstattenden Anzeige erfährt das Gericht, wer die beteiligten Gläubiger (s. Bem. Nr. 1 litt. a zu 758) sind. Diesen ist die in § 759 vorgeschriebene Aufforderung von Amtswegen zuzustellen. Die von der Zustellung an laufende zweiwöchige Frist zur Einreichung der Berechnung kann durch Vereinbarung, nicht durch das Gericht, abgekürzt oder verlängert werden (arg. § 202). Auch nach Ablauf der Frist kann die Berechnung eingereicht werden, solange der Teilungsplan noch nicht angefertigt ist. Der Gläubiger, der bis zu diesem Zeitpunkte die Berechnung seiner Forderung nicht erreicht, wird nicht mit seinem Anspruche ausgeschlossen, sondern muß sich nur gefallen lassen, daß seine Forderung nach der Anzeige des Deponenten und deren Unterlagen (Pfändungsurkunden u. dgl.) berechnet wird (§ 760 Abs. 3).

3. Die Berechnung der Forderung ist schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers einzureichen. Sie muß sich auf Haupt- und Nebensache erstrecken. Der Zinsenlauf hört durch Eröffnung des Verteilungsverfahrens nicht auf. Die Kosten der Zwangsvollstreckung können liquidiert werden. Dazu gehören auch die Kosten, die den einzelnen Gläubigern durch die Beteiligung am Verteilungsverfahren erwachsen; denn sie sind nicht, wie in KO. § 56 Nr. 2, ausgeschlossen. [Vgl. Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 505. AM. Struckm. Koch N. 3 zu § 760.] — Zweckmäßiger Weise werden der Berechnung die erforderlichen Belege, insbesondere die Pfändungsurkunden beigelegt. Auch die Anzeige des beanspruchten Rangs ist zweckmäßig. Die Unterlassung zieht jedoch nur die thatsächliche Gefahr einer unrichtigen Lokation im Teilungsplane nach sich; Präklusion tritt nicht ein, da die Rangverhältnisse von Amtswegen zu prüfen sind.

§ 760.

Nach Ablauf der zweiwöchigen Fristen wird von dem Gerichte ein Teilungsplan angefertigt.

Der Betrag der Kosten des Verfahrens ist von dem Bestande der Masse vorweg in Abzug zu bringen.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher bis zur Anfertigung des Teilungsplans der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachgekommen ist, wird nach der Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Eine nachträgliche Ergänzung der Forderung findet nicht statt.

Mot. S. 440. KPr. S. 408, 572.

1. „Kosten des Verfahrens" sind die gemeinschaftlichen Kosten (KO. § 51), also die Gerichts- und Kalkulationskosten, die Kosten der Versteigerung, Hinterlegung ꝛc., nicht aber die Kosten, die den Einzelnen durch ihre Beteiligung am Verfahren entstehen.

2. In den Teilungsplan werden die Forderungen der einzelnen Gläubiger auf Grund der eingereichten Berechnungen eingesetzt; soweit nicht offenbare Unrichtigkeiten,

Digitized by Google

z. B. in den Kostenansätzen, unterlaufen, müssen diese Berechnungen zu Grunde gelegt werden. Sind keine Berechnungen eingelaufen, so sind die einzelnen Gläubiger mit den Beträgen einzusetzen, die sich aus der Anzeige und deren Unterlagen ergeben. Eine Ergänzung der hiernach richtig eingesetzten Beträge kann in keiner Weise, auch nicht durch Restitution, erreicht werden; wohl aber kann dem Teilungsplane aus dem Grunde widersprochen werden, daß auf Grund der Anzeige und deren Unterlagen ein anderer Betrag einzusetzen gewesen wäre.

Die Rangverhältnisse sind von Amtswegen zu prüfen. Daher ist auch zu prüfen, ob eine Pfändung gültig ist [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 203]. Nach § 709 Abs. 3 entscheidet die Priorität der Pfändung über den Rang. Eine Abweichung ist nur denkbar, wenn der Gläubiger, für den später gepfändet ist, an dem Pfandobjekte schon vor der früheren Pfändung ein im Konkurse dem Faustpfandrechte gleichstehendes Pfand- oder Vorzugsrecht für dieselbe Forderung hatte, z. B. der Vermieter an den Illaten. Die Vorzugsrechte der KO. § 54 finden im Verteilungsverfahren keine Anwendung.

4. Ein Arrestpfandgläubiger ist im Verteilungsplane zu berücksichtigen; aber der auf ihn treffende Betrag ist bis zur definitiven Feststellung zu hinterlegen (§ 810 Abs. 2). Der Verteilungsplan kann für den Fall, daß die Forderung des Arrestpfandgläubigers nicht zuerkannt wird, einen eventuellen Verteilungsmodus vorsehen (KPr. S. 409).

§ 761.

Das Gericht hat zur Erklärung über den Teilungsplan sowie zur Ausführung der Verteilung einen Termin zu bestimmen. Der Teilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden.

Die Ladung des Schuldners zu dem Termine ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte.

Mot. S. 440. KPr. S. 408—410, 572.

Der Termin ist von Amtswegen zu bestimmen. Die beteiligten Gläubiger (vgl. Bem. Nr. 1 litt. a zu § 758) und der Schuldner sind von Amtswegen zu laden. Das Präjudiz des § 763 braucht nicht angedroht zu werden. — Ist der Teilungsplan nicht rechtzeitig niedergelegt, so kann jeder beteiligte Gläubiger und der Schuldner die Vertagung des Termins fordern; aber das Verfahren ist deswegen nicht ungültig [vgl. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 398].

§ 762.

Wird in dem Termine ein Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben, so ist dieser zur Ausführung zu bringen. Erfolgt ein Widerspruch, so hat sich jeder bei demselben beteiligte Gläubiger sofort zu erklären. Wird der Widerspruch von den Beteiligten als begründet anerkannt oder kommt anderweit eine Einigung zu stande, so ist der Plan demgemäß zu berichtigen. Wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Plans insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird.

Mot. S. 438—440. KPr. S. 410, 572.

1. Der Widerspruch kann schon vor dem Termine erklärt werden (arg. § 763 Abs. 1) durch schriftliche Eingabe oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers.

2. Über die Verhandlung im Termine ist ein Protokoll nach §§ 145, 146 zu errichten.

Digitized by Google

In das Protokoll sind die Widersprüche und die Erklärungen der durch den Widerspruch betroffenen Gläubiger sowie die im Termine vorgenommenen Berichtigungen des Teilungsplans aufzunehmen. Verweigert ein im Termine erschienener Beteiligter die Erklärung über den Widerspruch, so ist arg. § 763 Abs. 2 anzunehmen, daß er den Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

3. Auch der Schuldner kann Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben. Sein Widerspruch kann zu einer Berichtigung im Termine führen, wenn der Widerspruch von den beteiligten Gläubigern als begründet anerkannt wird oder sonstwie eine Einigung darüber zu stande kommt. Für den Widerspruch des Schuldners gelten aber nicht die §§ 764—768. Erledigt sich ein Widerspruch des Schuldners in dem Termine nicht, so ist dessen ungeachtet der Teilungsplan auszuführen und dem Schuldner zu überlassen, seine Einwendungen im Wege der Klage nach §§ 686, 687 geltend zu machen. Einwendungen gegen die im Teilungsplane bestimmte Rangordnung fallen nicht unter § 686. Der Schuldner hat bezüglich der Rangordnung kein Klagerecht; aber er kann in dem Prozesse, den ein Gläubiger gegen einen anderen wegen des Rangverhältnisses führt, intervenieren.

§ 763.

Gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, wird angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

Ist ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche beteiligt, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, so wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

Mot. S. 440. KPr. S. 410, 572.

Das Nichterscheinen eines Gläubigers bewirkt die Ausschließung seines prozessualischen Rechts zum Widerspruche gegen die Ausführung des Teilungsplanes; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 764. Der nicht erschienene Gläubiger kann sich auch in dem Verfahren nach §§ 764—766, das zufolge des Widerspruchs eines anderen Gläubigers gegen den Teilungsplan stattfindet, nicht beteiligen; vgl. Bem. zu § 766 g. E. Das Nichterscheinen eines Gläubigers, gegen dessen Forderung Widerspruch erhoben ist, benimmt ihm die Möglichkeit, durch Anerkenntnis des Widerspruchs den Prozeß nach § 764 zu vermeiden; die Verteidigung gegen den Widerspruch wird nicht ausgeschlossen. — Gegen die Ausschließungen des § 763 ist keine Hülfe gewährt.

§ 764.

Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die beteiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Befugnis des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen.

Mot. S. 439, 440. KPr. S. 410, 572.

1. Zu Abs. 1: Jeder Widerspruch eines Gläubigers führt zu einem besonderen Prozesse. Mehrere Gläubiger, die aus demselben Grunde Widerspruch erheben, können als

Digitized by Google

Streitgenossen klagen. Richtet sich ein Widerspruch gegen mehrere Gläubiger, so sind diese, soweit sie nicht den Widerspruch als begründet anerkennen, gemeinsam oder einzeln zu belangen. Der Schuldner ist nicht mitzuverklagen.

Die Monatsfrist kann nicht vom Gerichte, aber durch Übereinkunft aller beteiligten Gläubiger verlängert werden (§ 202). Nach Ablauf der Frist ist von Amtswegen zur Verteilung zu schreiten, wenn nicht der Nachweis der Klagerhebung geführt ist.

In diesem Verfahren kann der Gläubiger nicht bloß die Priorität, sondern auch das Bestehen (die Verität) der liquidierten Forderung angreifen, insbesondere Zahlungs- und andere Einwendungen des Schuldners geltend machen, sowie auch die vorangehende Forderung wegen Benachteiligung der Gläubiger anfechten. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 765, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 508, Petersen (2) S. 1061, Hellmann Lehrb. S. 879, Jäckel Anf.Recht S. 176, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 374, 8. Febr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 869, 30. Sept. 1890 Entsch. XXVII Nr. 74 S. 305, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 277. Dagegen lassen Puchelt II S. 727, v. Sarwey II S. 256 ff., Rocholl Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 416 die Klage nur bezüglich der Priorität zu; Kleiner III S. 211 läßt nur bei Arrestforderungen Einwendungen gegen das Bestehen der Forderung zu. Abweichend auch RG. 5. Dez. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1014 und RG. 7. Jan. 1886 Entsch. VI Nr. 52 S. 221 ff. für das Verteilungsverfahren auf Grund der preuß. Subh.Ordnungen.] In der nordd. Komm. (nordd. Pr. IV S. 2079 f.) wurde konstatiert, „daß diejenigen Fälle, in denen der Schuldner Einwendungen gegen das Judikat erhebe, hiebei nicht begriffen seien, daß diese vielmehr vor das Prozeßgericht gehören." Daß Einwendungen eines Gläubigers gegen das Bestehen einer Forderung zu den Verteilungsstreitigkeiten gehören, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus dem Zusammenhange hervor. Im Entw. I Mot. S. 476 heißt es: „Wenn der Streit Einwendungen gegen den Anspruch eines Gläubigers betrifft, die auch dem Schuldner selbst zustehen, so ist zwar nicht auszuschließen, daß dieser dieselben auch vor dem Prozeßgerichte selbständig verfolgt; er wird aber regelmäßig durch Intervention bei der vor dem widersprechenden Gläubiger anzustellenden Klage seine Rechte genügend wahrnehmen können ꝛc." Im § 18 des preuß. Ges. v. 4. März 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, sind „Verteilungsstreitigkeiten" in Parantheſe als „Streitigkeiten über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung" bezeichnet. In den Motiven z. Entw. d. Ges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen ꝛc. (Reichst.Vorl. Nr. 115 II. Sess. 1879 S. 15) heißt es: „Die CPrO. regelt in §§ 762, 764 ff. nur das Verfahren, in dem der Widerspruch gegen den Teilungsplan zu erheben und zu verfolgen, enthält aber keine materiellen Vorschriften über die Umstände, auf die der Widerspruch zu gründen ist. Sie läßt daher die Regelung der Anfechtung im Verteilungsverfahren nach jeder Richtung offen." In den Mot. z. Entw. d. preuß. Subh.Ordn. v. 1883 (Vorl. an d. Herrenhaus, Sitz.Per. 1882/83 Nr. 6 S. 16) ist die Möglichkeit, im Verteilungsverfahren das Vorhandensein einer Forderung zu bestreiten, ebenfalls anerkannt.

2. Ist die in Abs. 1 bestimmte Frist abgelaufen, so ist der Widerspruch hinfällig und der Teilungsplan wird ausgeführt. Dadurch wird aber dem materiellen Rechte des widersprechenden Gläubigers nicht präjudiziert. Kann dieser nach dem materiellen Rechte auf Grund seines besseren Rechts einem Gläubiger das, was dieser bei der Verteilung erhalten hat, im Wege der Klage abnehmen, so wird dieses Recht auch durch die Fristversäumnis und durch die Ausführung des Plans nicht berührt. [Vgl. OLG. Köln Ztschr. f. d. CPr. VII S. 113.] — Obwohl in Abs. 2 nur von dem Gläubiger die Rede ist, welcher dem Plane widersprochen hat, so muß doch das Gleiche gelten für den Gläubiger, der in

Digitized by Google

dem Termine nicht erschienen ist. § 773 Abs. 1 setzt zwar auf das Nichterscheinen die Annahme des Einverständnisses mit der Ausführung des Teilungsplans; aber diese Bestimmung schafft kein Einverständnis, so wenig wie der § 129 und der § 296 ein Geständnis schaffen kann; sie ist nur ein ungenauer Ausdruck für den Gedanken, daß die prozessualische Befugnis, durch Widerspruch die Ausführung des Teilungsplans zu hemmen, im Falle des Nichterscheinens ausgeschlossen sein solle. Ist jenes sog. Einverständnis nur die Ausschließung eines Prozeßrechts, so folgt daraus, daß dem im Termine nicht erschienenen Gläubiger das materielle Klagerecht gegen einen Gläubiger, der infolge jener Präklusion Geld erhalten hat, gewahrt bleiben muß. Dies steht im Einklange mit dem Prinzipe des § 764. Der Widerspruch wird wirkungslos, wenn nicht innerhalb der Frist geklagt wird. Es tritt die gleiche prozessualische Situation ein, wie wenn kein Widerspruch erhoben wäre. Im einen wie im anderen Falle wird der Plan ausgeführt; aber im einen wie im anderen Falle wird dem materiellen Rechte nicht präjudiziert. Abs. 2 des § 764 ist nicht Disposition, sondern Deklaration des nächst gelegenen Falls; ein arg. a contr. ist daher nicht zulässig. [Vgl. Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 373, A. Förster N. 2 zu § 762, Hellmann Lehrb. S. 880, OLG. Stuttgart SA. XLII Nr. 81, RG. 15. Mai 1891 SA. XLVII Nr. 83 u. Bl. f. RA. X Erg.Bd. S. 246 ff. AM. Struckm. Koch N. 5, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 509 bei N. 10, Falkmann Zwangsvollstr. S. 291, OLG. Bamberg Ztschr. f. d. CPr. VI S. 139 ff.]

§ 765.

Die Klage ist bei dem Verteilungsgerichte und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Verteilungsgericht seinen Sitz hat.

Das Landgericht ist für sämtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämtlichen beteiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Verteilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

Mot. S. 440. KPr. S. 410, 572.

1. „Die Klage" — sc. nach Abs. 1 der § 764. Für die nach Abs. 2 des § 764 vorbehaltenen Klagen gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln. [Vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 437, RG. 7. April 1888 Entsch. XXI Nr. 68 S. 357 ff., 11. März 1893 SA. XLIX Nr. 68, OLG. Posen Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 417.] Der Rechtsstreit zwischen einem bei der Verteilung beteiligten Gläubiger und einem Dritten, der dessen Anteil pfänden ließ, gehört nicht in den in § 765 bestimmten Gerichtsstand [bay. ob. LG. SA. XLIV Nr. 73].

2. Der Gerichtsstand bei dem Verteilungsgerichte — s. § 759 und Bem. Nr. 1 dazu — ist ausschließlich (§ 707); vgl. Bem. zu § 707. Ist die Klage bei diesem Gerichte erhoben, so dauert die Zuständigkeit fort, auch wenn der Kläger es versäumt, die Klagerhebung dem Verteilungsgerichte innerhalb der in § 764 Abs. 1 bestimmten Frist nachzuweisen [RG. 11. März 1893 SA. XLIX Nr. 68].

Die Kammer für Handelssachen ist nie zuständig, weil der Streit keine Handelssache im Sinne des GVG. § 101 sein kann.

„Streitgegenstand" ist der Betrag, bezüglich dessen eine andere Zuteilung als die im Teilungsplane vorgeschlagene beantragt ist [OLG. Darmstadt SA. XLII N. 174].

3. Aus dem Protokolle kann jeder Gläubiger entnehmen, welche Widersprüche er-

Digitized by Google

hoben und nicht erledigt sind. Ergiebt einer dieser Widersprüche eine vor das Landgericht gehörige Klage, so gehören alle Widerspruchsklagen vor das Landgericht, selbst wenn der Gläubiger, dessen Widerspruch zur landgerichtlichen Zuständigkeit Anlaß gab, nachträglich die Klage nicht erhebt. Auf mehrere Klagen ist der § 138 anwendbar.

§ 766.

In dem Urteile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, ist zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei. Wird dies nicht für angemessen erachtet, so ist die Anfertigung eines neuen Plans und ein anderweites Verteilungsverfahren in dem Urteile anzuordnen.

KPr. S. 410, 572.

Ist die Widerspruchsklage begründet, so ist in dem Urteile regelmäßig die Abänderung des Teilungsplans auszusprechen. Das Gericht kann jedoch, wenn es nicht für zweckmäßig erachtet, die Änderung selbst im Urteile vorzunehmen — z. B. wenn eine umfangreiche Kalkulation nötig ist — sich darauf beschränken, den Teilungsplan durch das Urteil aufzuheben, und dem Verteilungsgerichte die Anfertigung eines neuen Plans und die Durchführung eines neuen Verteilungsverfahrens übertragen. Das Verteilungsgericht ist in diesem Falle an die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zu Grunde liegt, gebunden und hat darauf den neuen Verteilungsplan zu bauen. Mit diesem Plane ist nach §§ 761 ff. zu verfahren. Gegen den neuen Plan können die Beteiligten wieder Widerspruch erheben, aber nur aus dem Grunde, daß der Plan dem Urteile nicht entspreche. Ein Gläubiger, der keinen Widerspruch gegen den früheren Plan erhoben hatte und nicht von dem Widerspruche des anderen Gläubigers betroffen war, kann gegen den neuen Plan keinen Widerspruch erheben [RG. 2. Juli 1890 Entsch. XXVI Nr. 90 S. 420 ff.].

§ 767.

Das Versäumnisurteil gegen einen widersprechenden Gläubiger ist dahin zu erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei.

KPr. S. 410, 572.

Gleichwie nach § 295 das Versäumnisurteil gegen den Kläger auf Abweisung mit der Klage lautet, so lautet hier das Urteil auf Aberkennung des Widerspruchsrechts gegen die Ausführung des Teilungsplans. Ein derartiges Urteil präjudiziert dem materiellen Rechte des Klägers und verschafft den beteiligten Gläubigern gegen eine nach Ausführung des Teilungsplans erhobene Klage die exceptio rei iudicatae. — Für die Versäumnis des Beklagten gilt die Regel des § 296. — Gegen ein Versäumnisurteil im Verteilungsverfahren ist Einspruch zulässig.

§ 768.

Auf Grund des erlassenen Urteils wird die Auszahlung oder das anderweite Verteilungsverfahren von dem Verteilungsgerichte angeordnet.

KPr. S. 410, 572.

Die Auszahlung oder das anderweite Verteilungsverfahren kann erst nach Rechtskraft des Urteils (vgl. §§ 645, 646) angeordnet werden. Die vorläufige Vollstreckbarkeit kann nicht ausgesprochen werden.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

1. Der dritte Abschnitt handelt von der sog. Realexekution, d. i. von der Vollstreckung der Urteile und anderer Vollstreckungstitel, die die Verpflichtung aussprechen, etwas anderes als Geld zu leisten, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, eine Handlung zu dulden oder eine Willenserklärung abzugeben.

Die CPrO. läßt die Realexekution zu:

a) zur Erzwingung der Herausgabe einer speziellen beweglichen Sache (§ 769);

b) zur Erzwingung der Herausgabe vertretbarer Sachen, wenn sich solche im Gewahrsam des Schuldners vorfinden (§ 770);

c) zur Erzwingung der Herausgabe, Überlassung oder Räumung einer unbeweglichen Sache (§ 771);

d) zur Erzwingung einer nicht vertretbaren, ausschließlich vom Willen des Schuldner abhängigen Handlung (§ 774);

e) zur Erzwingung einer Unterlassung oder eines passiven Verhaltens (§ 775).

Ferner hat das Gesetz in § 773 für Vollstreckungstitel, die zu vertretbaren Handlungen verpflichten, einen eigenartigen, nicht auf direkten Erfüllungszwang hinauslaufenden Vollstreckungsmodus vorgesehen und in § 779 den Grundsatz aufgestellt, daß die rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Erklärung ersetze.

Wie die vorstehende Zusammenstellung ersehen läßt, kann es auch unter der Herrschaft der CPrO. noch Vollstreckungstitel geben, deren Realexekution unmöglich ist. Die Möglichkeit einer Realexekution entfällt bei der Verurteilung zur Leistung vertretbarer Sachen, wenn sich nicht Sachen der betreffenden Art im Gewahrsam des Schuldners vorfinden, ferner bei der Verurteilung zur Vornahme einer nicht vertretbaren, aber nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängigen Handlung. In diesen Fällen bleibt nur die Klage auf das Interesse (§ 778) übrig, wenn der Schuldner der Verpflichtung nicht nachkommt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß zu der betreffenden Leistung oder Handlung verurteilt werde.

2. Indem die CPrO. die prozessualische Möglichkeit der Realexekution in den in Bem. Nr. 1 erwähnten Fällen gewährt, entscheidet sie nicht die Frage, ob die Verurteilung zu einem facere oder non facere überhaupt möglich ist; vielmehr ist diese Frage ausschließlich nach dem materiellen Rechte zu beurteilen.

Nach dem gemeinen Rechte, sowie nach dem preuß. ALR. ist die Möglichkeit einer solchen Verurteilung außer Zweifel.

Ist nach dem französischen Rechte eine solche Verurteilung möglich? a) Daß Verurteilung zur Vornahme vertretbarer Handlungen (§ 773) zulässig ist, ergiebt sich aus Code civ. art. 1143, 1144. Die Vollstreckung solcher Urteile richtet sich nach der CPrO. § 773. b) Die Verurteilung zur Rechnungstellung ist nach dem franz. Rechte zulässig (Code de proc. art. 527 ff., Zachariä franz. Civilrecht II § 413 Nr. 3, Laurent XXVII n. 517—526, Gilbert 1883 n. 12 suppl. n. 2, 6). Die Vollstreckung solcher Urteile erfolgt nach CPrO. § 774. c) Nicht zweifellos ist, ob zur Vornahme anderer Handlungen und ob zu Unterlassungen verurteilt werden kann. Die Antwort hängt ab von der Auslegung des Code civ. art. 1142: „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout

Digitized by Google

en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur." Verbietet dieser Artikel die condemnatio zu einem facere und non facere auf Grund obligatorischer Verpflichtung oder hat er nur den Sinn, daß die condemnatio zu einem facere oder non facere nicht in natura zu vollstrecken, sondern behufs der Vollstreckung in einen Anspruch auf das Interesse umzuwandeln sei? Die erstere Auslegung vertreten Zachariä a. a. O. II § 299 und Larombière I art. 1142 n. 3. Die Zulässigkeit einer condemnatio auf facere und non facere vertreten Demolombe XXIV n°. 491, Laurent XVI n°. 197—204, Garsonnet traité de procédure III p. 446 n. 2, 6. Auch die Urteile des Cass.-Hofs v. 10. März 1857 (Sirey recueil etc. 1857 I 267), v. 22. Februar 1862 (Sirey 1862 I 241) und v. 10. Apr. 1872 (Sirey 1872 I 231) sind in diesem Sinne zu verwerten; vgl. a. die Urteile v. 8. Nov. 1864 (Sirey 1865 I 318), v. 26. Jan. 1870 (Sirey 1870 I 159). Diese Ansicht dürfte die richtige sein. Daraus folgt, daß derartige Urteile, obwohl sie bis zur Einführung der CPrO. nicht durch direkten Zwang in natura vollstreckbar waren, sondern zur Exekution einer Umsetzung auf das Interesse bedurften, unter der Herrschaft der CPrO. gemäß §§ 774, 775 vollstreckbar sind; die Unmöglichkeit der Naturalexekution ist durch die deutsche Prozeßgesetzgebung beseitigt. [So auch Struckm. Koch N. 8 zu § 774, Wilm. Levy N. 1 Abs. 2 zu § 778, Gaupp II S. 514 bei N. 4, 5, Petersen (2) S. 1073, Falkmann Zwangsvollstr. S. 300, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 239.] Würde man sich aber für hier verworfene Interpretation des art. 1142 entscheiden, so wären auch unter der Herrschaft der CPrO. Urteile auf facere und non facere unmöglich; die §§ 774, 775 wären dann für das Gebiet des franz. Rechts gegenstandslos. [Die von v. Sarwey II S. 268 f., Siebenhaar S. 710 f., Endemann II S. 300, Kleiner III S. 232 vertretene Ansicht, daß der art. 1142 beseitigt sei, ist unhaltbar.] Vgl. über das Verhältnis des franz. Rechts zu den §§ 774, 775 der CPrO. die Debatte in der Jk. d. RT., KPr. S. 413 f., 417 f., ferner Krell Ztschr. f. franz. Civ.R. XIX S. 160 ff.

§ 769.

Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Änderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.

Mot. S. 441. KPr. S. 410—412, 415, 416, 572—581.

1. § 769 ist anwendbar auf Urteile und andere Vollstreckungstitel, insbesondere auch auf einstweilige Verfügungen, nach Inhalt deren der Schuldner schuldig ist, dem Gläubiger eine in Gewahrsam des Schuldners befindliche spezielle bewegliche Sache, einen körperlichen Teil einer solchen oder eine kleinere Quantität aus einer größeren Quantität speziell bestimmter im Gewahrsam des Schuldners befindlicher Sachen (z. B. 20 Sack von einer bestimmten Schiffsladung Kaffee) herauszugeben (dare, tradere, restituere, exhibere). Ob der Anspruch ein dinglicher oder obligatorischer ist, ist einerlei. Darüber, ob die richtige Sache weggenommen wurde, kann die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts nach § 685 provoziert werden.

Digitized by Google

Ist der Schuldner verurteilt, eine von zwei speziell bestimmten Sachen nach Wahl des Gläubigers herauszugeben, so bestimmt natürlich der Gläubiger, welche Sache der GV. wegnehmen soll. Ist der Schuldner verurteilt, eine von zwei speziell bestimmten Sachen nach seiner Wahl herauszugeben, so geht zwar dadurch, daß der Schuldner mit der Erfüllung des Urteils im Verzuge ist, nicht die Wahlberechtigung auf den Gläubiger über (der von Wächter Erörterungen III S. 118 vorgeschlagene Ausweg: Vorsetzung einer Erklärungsfrist unter der Androhung, daß das Wahlrecht auf den Schuldner übergehe, ist nach der CPrO. nicht gangbar), aber der Gläubiger kann ein solches Urteil nach § 769 vollziehen lassen und den Gerichtsvollzieher beauftragen, die eine oder die andere Sache wegzunehmen. Bei der Wahl hat sich der Gerichtsvollzieher an die Instruktion seines Auftraggebers zu halten. Thatsächlich wählt also der Gläubiger. Der Schuldner kann jedoch, bis die Wegnahme einer Sache beendet ist, noch durch Leistung der anderen Sache seine Verbindlichkeit erfüllen. [Vgl. Windscheid Pand. II § 255 N. 11, Pescatore die sog. alternat. Obligation S. 197, Baron Abh. a. d. röm. CPr. II die adjekt. Klagen S. 58 f. N. 19, Levy Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 40 ff., Entw. I e. BGB. § 210, Entw. II § 221, RG. 4. Febr. 1891 Entsch. XXVII Nr. 100 S. 382.] Die vorstehenden Sätze sind entsprechend anwendbar, wenn alternativ zur Herausgabe einer speziellen Sache oder Geldleistung verurteilt ist.

Auf die Herausgabe von Kindern oder anderen unselbständigen Personen findet § 769 Anwendung; denn hierbei kommen diese nur als Objekte einer Herausgabepflicht ebenso wie Sachen in Betracht und weder die §§ 773, 774 noch der § 777 beziehen sich auf positive Herausgabepflicht. [So auch KPr. S. 410, die meisten Komm., Wach Handb. I S. 275 N. 14, Fitting Lehrb. (7) S. 766 N. 1, Francke Offenbarungseid S. 3, preuß. GA. f. GV. § 96. AM. Wilm. Levy N. 2, Endemann III S. 203, OLG. Darmstadt SA. XXXVIII Nr. 195, OLG. Stuttgart eod. Nr. 289.] Lautet die Verurteilung dahin, der Schuldner habe zu dulden, daß der Gläubiger die Kinder mit sich nehme, so ist § 777 anwendbar. In der Praxis kommt dabei wohl dasselbe heraus, wie bei Anwendung des § 769 Abs. 1. Nur der Offenbarungseid ist der Herausgabepflicht eigen.

2. Die Wegnahme und Übergabe der Sache durch den GV. hat die gleiche Wirkung, wie die Übergabe durch den Schuldner. Sie bewirkt z. B. den Übergang des Eigentums, wenn der Schuldner zur Übertragung des Eigentums verurteilt ist und wenn nach dem anzuwendenden Civilrechte der Eigentumserwerb sich durch Tradition vollzieht; sie bewirkt den Erwerb des sog. juristischen Besitzes oder der bloßen Detention, wenn das Urteil dazu verurteilt. Die Übertragung kann dem Gläubiger das Eigentum nur verschaffen, wenn der Schuldner Eigentümer war. Über die Frage, ob dem Gläubiger der Schutz der Art. 306, 307 des HGB. zu gut komme, vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm Ztschr. f. d. CPr. XI S. 161 ff. (verneinend). Bei Eviktion der weggenommenen Sache kann der Gläubiger vom Schuldner Schadensersatz verlangen, wenn er dies im Falle freiwilliger Übergabe könnte. Über die Frage, ob die Wegnahme *ohne* Übergabe dem Gläubiger das Eigentum verschaffe, vgl. Kipp die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (Kiel 1892) S. 76 N. 1.

3. Zu Abs. 2: Litteratur: Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 229 ff., Francke Offenbarungseid S. 3 ff. Weitere Litteratur s. Bem. N. 1 zu § 711. — Die Norm des Eides ist assertorisch. Sie enthält weder das Versprechen, das Auffinden der Sache anzuzeigen, noch die Verneinung fraudulöser Beseitigung. — Wiederholte Eidesleistung kann gefordert werden, wenn behauptet wird, daß der Schuldner nach der Leistung des Eides den Besitz der Sache erlangte. Glaubhaftmachung ist nicht erforderlich. Anderen Gläubigern gegenüber hat dieser Offenbarungseid keine Wirkung (arg. a contr. § 784).

Zur Interesseforderung kann der Gläubiger übergehen, ohne den Offenbarungseid

Digitized by Google

verlangt zu haben. Die Klage auf das Interesse schließt nicht aus, daß der Gläubiger auf den Gegenstand der früheren Verurteilung zurückgreife. Der Gläubiger kann von der Interesseforderung abstehen und den Offenbarungseid und die Herausgabe der Sache fordern. Mit der Zahlung des Interesses erlischt dieses Recht des Gläubigers regelmäßig, doch nicht immer. Es kann sein, daß sich der Gläubiger bei Annahme der Zahlung vorbehielt, nach der Sache selbst zu greifen, wenn sie zum Vorscheine komme; dann ist der Schuldner auch nach Zahlung des Interesses zur Leistung des Offenbarungseides verbunden (vgl. nordd. Prot. V S. 2058, 2059 und KPr. S. 410—412). — Über die Zuständigkeit zur Abnahme des Offenbarungseides und über das Verfahren s. §§ 780 ff.

4. Über die Gebühren des GV. s. GO. s. GV. § 6.

§ 770.

Hat der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zu leisten, so findet die Vorschrift des § 769 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Mot. S. 441. KPr. S. 561, 562, 572—581, 604—606.

1. Die Entstehungsgeschichte des von der JK. d. RT. eingefügten § 770 s. KPr. S. 572—581, 604—606.

2. Wegen des Begriffs „vertretbare Sachen" vgl. die Citate in Bem. Nr. 1 litt. b zu § 555. Aus dem Urteile muß sich ergeben, ob eine Sache als species oder als vertretbare zu leisten ist [vgl. Fitting Arch. f. c. Pr. LXI S. 438]; in jenem Falle ist § 769, in diesem § 770 anwendbar. Die Verschiedenheit liegt darin, daß der Offenbarungseid nicht verlangt werden kann, wenn § 770 anwendbar ist. — Befinden sich keine Sachen der bestimmten Qualität in dem Gewahrsam des Schuldners, so ist § 770 nicht anwendbar; zur Anschaffung kann der Schuldner nicht genötigt werden (§ 773 Abs. 3).

Bei der Wegnahme hat der GV. darauf zu achten, daß er Sachen von der richtigen Qualität wegnehme; ist er selbst nicht imstande, dies zu beurteilen, so kann er den Gläubiger oder Sachverständige beiziehen. Darüber, ob die weggenommenen Sachen von der richtigen, urteilsmäßigen Qualität sind, kann jede Partei eine gerichtliche Entscheidung nach § 685 herbeiführen. Bis die Wegnahme beendet ist, kann der Schuldner zur Erfüllung geeignete Sachen nach seiner Wahl leisten und dadurch die Vollstreckung abwenden.

3. Bem. Nr. 2 zu § 769 findet hierher entsprechende Anwendung.

§ 771.

Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen.

Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen.

Digitized by Google

Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen.

Mot. S. 441. KPr. S. 412, 581. Prot. d. 164sten Sitz. S. 10.

1. Die Bestimmungen des § 771 finden Anwendung auf alle Fälle, in denen die Herausgabe, Überlassung oder Räumung angeordnet ist, gleichviel, ob zum Zwecke der Übertragung der custodia, der Detention, des juristischen Besitzes oder des Eigentums. Insbesondere ist nach § 771 auch die Überlassung einer unbeweglichen Sache zum mietweisen Gebrauche zu erzwingen. — Wie die §§ 769, 770 so ist auch § 771 nur anwendbar, wenn der Schuldner selbst die betreffende Sache besitzt.

Bem. Nr. 2 zu § 769 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Was eine unbewegliche Sache ist, bestimmt das Landesrecht. Pertinenzen einer unbeweglichen Sache sind mit dieser Gegenstand der Vollstreckung nach § 771. — Unter Schiffen sind auch Schiffsmühlen zu verstehen (nordd. Prot. IV S. 2059).

3. Zu Abs. 2: Pertinenzstücke des Grundstücks sind nicht wegzuschaffen.

4. Zu Abs. 4: Das Vollstreckungsgericht kann den Verkauf und die Hinterlegung sowohl auf Antrag einer Partei oder des Verwahrers wie auch von Amtswegen anordnen (Prot. d. 164. Sitz. d. JK. d. RT. S. 10).

5. Instruktionen zu § 771 enthält die preuß. GA. f. GV. § 95. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 3, 89; GO. f. RA. § 23 Nr. 2; GO. f. GV. § 8.

§ 772.

Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen.

Mot. S. 441. KPr. S. 412, 581.

1. § 777 bezieht sich bloß auf die in den §§ 769 und 771 behandelten Verpflichtungen, nicht auf jene des § 770; denn die Befugnis zur Wegnahme in natura ist in § 770 auf den Fall beschränkt, daß sich Sachen der betreffenden Art im Gewahrsam des Schuldners befinden.

2. Gewahrsam bezeichnet, wie in den §§ 712 Abs. 2, 713, das faktische Innehaben, auch die bloße Detention. Auch wenn der Dritte namens des zur Herausgabe Verurteilten besitzt — z. B. als Pächter — ist die Vollstreckung nach §§ 769, 771 gegen ihn nicht möglich; der Dritte kann nicht vom GV. außer Besitz gesetzt werden. Giebt der Dritte die Sache dem Gläubiger ohne Vollstreckungszwang heraus, so kommt es zu keiner Vollstreckungsmaßregel. Anderenfalls kann nur der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe, wenn ein solcher Anspruch besteht, gepfändet und dem Gläubiger überwiesen werden. Im Gesetze ist auf die Vorschriften verwiesen, die die Pfändung einer Geldforderung betreffen. Gemeint sind die Vorschriften, die die Pfändung und Überweisung von Geldforderungen betreffen, also die §§ 729—731, 735, 736 (daß der gepfändete Anspruch nicht an Zahlungsstatt überwiesen werden kann, folgt daraus, daß er keinen Nennwert hat) und die §§ 737—742. Der Dritte hat die Sache an den eingewiesenen Gläubiger, nicht an den GV. oder Sequester, herauszugeben. Die §§ 743, 746—753 sind nicht anwendbar, weil sie eine Pfändung zu Gunsten einer Geldforderung voraussetzen.

3. Ist das Urteil ausnahmsweise nicht bloß gegen den Verurteilten, sondern auch gegen einen Dritten vollstreckbar (z. B. § 73 Abs. 4, § 236 Abs. 3), so kommt der Dritte als exequendus in Betracht; dann kann gegen ihn nach §§ 769, 771 verfahren werden.

Digitized by Google

§ 773.

Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgerichte erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

Auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen finden die vorstehenden Bestimmungen keine Anwendung.

Mot. S. 442—444. KPr. S. 413—415, 573, 580—583, 605, 606.

Litteratur zu §§ 773—775: Falkmann Zwangsvollstr. S. 299 ff., Krafft Bl. f. RA. VII Erg.Bd. S. 210 ff.; zu §§ 773, 774, 779: Kipp die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, in der Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Iherings Dokt.-Jub. (1892), Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 230 ff.

1. Übersicht: Die §§ 773—778 betreffen die Vollstreckung von Vollstreckungstiteln, worin die Verpflichtung zur Vornahme einer anderen Handlung als Geldzahlung oder Herausgabe oder Leistung von Sachen (zu einem facere im Gegensatze zu dare restituere exhibere) oder zur Unterlassung einer Handlung einschließlich der Duldung der Handlung eines anderen ausgesprochen ist. Im Anschlusse an die Entwickelung des gem. deutschen Prozeßrechts [vgl. Bayer Vortr. § 366, Wetzell Syst. § 50 bei N. 90 ff. 3. Aufl. S. 469 f., Renaud Lehrb. § 171 (2) S. 511 ff., Wächter Erört. II H. S. 14 ff.], ist auch hier die effektive Erfüllung als Ziel der Vollstreckung gesetzt. Die CPrO. unterscheidet positive Handlungen (§§ 773, 774) und negative Handlungen (§ 775). Die positiven Handlungen sind weiter unterschieden in vertretbare (§ 773) und unvertretbare (§ 774); die unvertretbaren zerfallen wieder in solche, deren Vornahme ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, und solche, bei denen dies nicht der Fall ist; jene sind direkt erzwingbar, diese nicht. Besonderes gilt nach § 779 für die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

Die Vorschriften der §§ 773—777 sind sowohl auf Urteile als auch auf andere Vollstreckungstitel anwendbar, soweit sie auf Verpflichtungen der in den §§ 773—775 bezeichneten Art lauten. In Betracht kommen insbesondere Vergleiche (§ 702 Nr. 1, 2) und einstweilige Verfügungen. Prozeßgericht im Sinne der §§ 773—775 ist bei den Vollstreckungsurteilen das in §§ 660, 868 bezeichnete Gericht, im Falle des § 702 Nr. 2 das Amtsgericht, vor dem der Vergleich abgeschlossen ist. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 523 bei N. 24, Fitting Lehrb. (7) S. 771 N. 1. AM., nämlich für Zuständigkeit des Vollstr.Ger., Sarwey II S. 269.] Bei einer einstw. Verfügung ist Prozeßgericht erster Instanz das für die Hauptsache in erster Instanz zuständige Gericht (§ 821), nicht das Berufungsgericht, das die Verfügung erlassen hat [vgl. OLG. Braunschweig Ztschr. f. d. CPr. VII S. 115], und im Falle des § 820 das dort bezeichnete Amtsgericht.

Das Prozeßgericht erster Instanz ist nach § 707 zur Entscheidung über die in den §§ 773—775 bezeichneten Anträge ausschließlich zuständig.

Im Verfahren vor den Gewerbegerichten ist nach RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 51 der Beklagte bei Verurteilung zu einer Handlung zugleich auf Antrag des Klägers für den Fall, daß die Handlung nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vorgenommen ist, zur Zahlung einer nach dem Ermessen des Gerichts festzusetzenden Ent-

Digitized by Google

schädigung zu verurteilen. In diesem Falle ist die Zwangsvollstreckung in Gemäßheit der §§ 773, 774 der CPrO. ausgeschlossen.

2. Die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann (vertretbare Handlung), ist nicht durch direkten Zwang gegen die Person des Schuldners, sondern dadurch zu vollstrecken, daß die Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners vorgenommen wird. Vertretbar sind alle Handlungen, deren wirtschaftlicher Wert nicht davon abhängt, daß sie von einer bestimmten Person vorgenommen werden. Ob dies im einzelnen Falle zutrifft, hat das Gericht zu beurteilen, wobei auch zu berücksichtigen ist, ob sich der Gläubiger mit der Vornahme durch einen Dritten einverstanden erklärt. Als vertretbare Handlungen kommen insbesondere gewerbliche und landwirtschaftliche Arbeiten in Betracht, z. B. Bauführungen, Abschließung oder Verlegung von Kanälen [vgl. RG. Entsch. XV Nr. 90 S. 343], Einreißen von Gebäuden ꝛc.; aber auch Rechtshandlungen, soweit sie nicht unter § 779 fallen (darüber vgl. Bem. Nr 1 zu § 779), wenn die Rechtshandlung eines Dritten als dessen Handlung ohne Vollmacht oder Zustimmung des Schuldners geeignet ist, dem Gläubiger zu verschaffen, was ihm gebührt. [Vgl. Kipp S. 133 ff. bes. S. 155.] Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Schuldner verpflichtet ist, dem Kläger einen Wechsel in bestimmtem Betrage auf einen bestimmten Platz auszustellen, und es dem Gläubiger genügt, von einem Dritten einen umlaufsfähigen Wechsel in dem bestimmten Betrage auf jenen Platz zu erhalten; ferner wenn der Schuldner verpflichtet ist, den Kläger von einer Schuld oder von einer Bürgschaft zu befreien [vgl. OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 525 f., RG. 14. Sept. 1889 Entsch. XVIII Nr. 102 S. 435], desgleichen bei Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit, wenn diese beliebig, insbesondere durch Hinterlegung von Geld, gestellt werden kann [vgl. Kipp S. 148 ff., RG. Entsch. XIX Nr. 39 S. 207, OLG. Kassel SA. XLVIII Nr. 233. AM. OLG. Hamm Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 419]. Ist der Schuldner verpflichtet, eine für ihn eingetragene Hypothek ꝛc. zu löschen, so kommt § 779 zur Anwendung. Ist er verpflichtet, die Löschung einer für einen Dritten eingetragenen Hypothek zu bewirken, so ist zu unterscheiden, ob der Dritte durch Auszahlung eines bestimmten Betrags zur Löschung genötigt werden kann oder nicht. In jenem Falle kann die Löschung auch durch eine andere Person herbeigeführt werden, indem diese den Dritten befriedigt, daher ist § 773 anwendbar [vgl. RG. Entsch. XXI Nr. 73 S. 377, XXIII Nr. 87 S. 364, XXXI Nr. 104 S. 414, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 526, in diesen Entscheidungen ist übrigens die Anwendbarkeit des § 773 nirgends direkt ausgesprochen]; im anderen Falle ist § 773 nicht anwendbar, sondern der Gläubiger auf die Klage nach § 778 angewiesen [RG. 16. Juni 1893 Entsch. XXXI Nr. 104 S. 412, 16. Apr. 1894 SA. L Nr. 66]. Kann die Rechtshandlung von einem Dritten nur mit Vollmacht oder Konsens des Schuldners vorgenommen werden, so ist nicht § 773, sondern, sofern die Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, der § 774 anwendbar, eventuell ist auf das Interesse zu klagen (§ 778). Daher ist die Anwendung des § 773 ausgeschlossen, wenn der Schuldner zur Beisetzung seine Unterschrift unter eine bestimmte Urkunde oder zur Indossierung oder Annahme eines bestimmten Wechsels verpflichtet ist; desgl. wenn der zu einer Hypothekenlöschung verpflichtete Schuldner die Hypothekenurkunde erst amortisieren lassen muß, um die Löschung bewirken zu können [RG. 30. Juni 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 126]; desgl. bei einer Verurteilung zur Klagerhebung [vgl. Kipp S. 137 ff. AM. OLG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XV S. 526] und wohl auch bei der Verpflichtung zur Vornahme einer Ausspielung [vgl. Kipp S. 152. AM. Waag Jahrb. f. Dogm. XXI S. 407]. Andere Fälle, in denen § 773 nicht anwendbar ist, ergeben sich aus Bem. Nr. 1 zu § 774.

Digitized by Google

3. Der Gläubiger kann die Ermächtigung, auf Kosten des Schuldners, die Handlung vornehmen zu lassen, und zugleich oder nachträglich die Verurteilung zur Vorausbezahlung der Kosten beantragen, ohne daß der Schuldner vom Gerichte zur Vornahme der Handlung aufgefordert war. Das Gericht hat zu ermessen, ob der Antrag nicht mit Rücksicht auf die Art der vorzunehmenden Handlung verfrüht ist [RG. 24. Apr. 1889 Entsch. XXIII Nr. 87 S. 364 ff.]. Es ist unzulässig, die Ermächtigung schon in das Urteil aufzunehmen [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LX S. 95, SA. L Nr. 136].

Der Antrag verlangt den Beginn der Zwangsvollstreckung, kann daher nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung und erst nach Zustellung des Vollstreckungstitels gestellt werden; natürlich auch auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, im Falle des § 672 Abs. 2 erst nach Leistung der Sicherheit.

Das Verfahren s. § 776. In diesem Verfahren kann der Schuldner die Einwendung vorbringen, daß der Antrag verfrüht sei; er kann die darüber vorgehende Entscheidung durch sofortige Beschwerde anfechten [RG. 24. Apr. 1889 Entsch. XXIII S. 364 ff.]. Ebenso kann der Schuldner, der unter gewissen Umständen zu wiederholten Handlungen (z. B. zur Unterhaltung eines Wegs) verpflichtet ist, einwenden, daß die zur wiederholten Thätigkeit vorausgesetzten Umstände (im Beispiele: die Reparaturbedürftigkeit des Wegs) eingetreten seien [RG. 28. Mai 1890 Entsch. XXVI Nr. 83 S. 392 ff.]. Dagegen ist die Einwendung, daß die Verpflichtung erfüllt oder sonstwie erloschen sei, in diesem Verfahren nicht zu berücksichtigen, sondern durch Klage nach § 686 geltend zu machen. [Vgl. RG. Entsch. XXI Nr. 73 S. 379, XXIV Nr. 82 S. 380, OLG. Cassel Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 420, OLG. Braunschweig SA. XLVII Nr. 253.]

4. Ist dem Gläubiger die Ermächtigung nach Abs. 1 erteilt, so kann er die Handlung durch einen Dritten vornehmen lassen. Die Auswahl des Dritten steht dem Gläubiger zu. Die Vereinbarungen mit dem Dritten kann der Gläubiger nicht als Stellvertreter im Namen des Gläubigers, sondern nur im eigenen Namen abschließen; der Dritte tritt nicht mit dem Schuldner, sondern mit dem Gläubiger in ein Vertragsverhältnis und kann sich folglich wegen seiner Ansprüche nur an den Gläubiger halten. Der Gläubiger kann auch den Dritten nicht zum Stellvertreter des Schuldners machen. Soweit zur Vornahme der Handlung des Dritten eine Duldung des Schuldners erforderlich ist, greifen die §§ 775, 777 ein.

Die Verurteilung zur Vorausbezahlung der Kosten muß auf einen bestimmten, nach dem Ermessen des Gerichts anzusetzenden Betrag lauten. Der Beschluß ist Vollstreckungstitel und kann ohne Rücksicht auf Beschwerde (arg. § 535) nach den Regeln über die Vollstreckung von Geldforderungen vollstreckt werden. Stellt sich heraus, daß der vorgesehene Betrag nicht ausreicht, so kann der Schuldner zur Vorausbezahlung eines weiteren Betrags verurteilt werden. Über die Verwendung hat der Gläubiger dem Schuldner Rechnung zu stellen, denn er handelt dabei als dessen neg. gestor; auch hat er zurückzuerstatten, was nicht ausgegeben wurde. Darauf bezügliche Streitigkeiten sind in besonderem Prozesse auszutragen.

Was der Gläubiger für Vornahme der Handlung durch den Dritten ausgelegt hat oder schuldig geworden ist, sei es, daß er keine Vorausbezahlung erhielt, sei es, daß er damit nicht vollständig gedeckt ist, kann er vom Schuldner nachfordern, und zwar kann er entweder diese Kosten als Kosten der Zwangsvollstreckung nach § 697 ohne weiteres beitreiben, wogegen der Schuldner Erinnerungen nach § 685 erheben kann, oder er kann die Kosten nach § 98 festsetzen lassen und den Festsetzungsbeschluß vollstrecken. [AM. Lämmel Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 158.]

Digitized by Google

5. Der Abs. 3 ist von der JK. d. RT. eingefügt, um der Ansicht, daß § 773 auch auf die Verpflichtung zur Herausgabe oder Lieferung von Sachen anwendbar sei, vorzubeugen. Kann die Verpflichtung zur Herausgabe oder Lieferung nicht nach §§ 769—772 vollstreckt werden, so bleibt nur die Klage auf das Interesse (§ 778). Auch bei Verurteilung zur Abnahme von Waren und Zahlung des Preises ist § 773 nicht anwendbar [OLG. Marienwerder SA. L Nr. 141].

§ 774.

Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von fünfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht und im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

Mot. S. 442—444. KPr. S. 413—415, 580—583, 605, 606.

1. Aus den Motiven: „Wenn die geschuldete nicht fungible Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, gestattet die PrO. einen auf Vornahme der Handlung selbst gerichteten Zwang zu versuchen, damit nicht der Schuldner durch seinen bösen Willen allein das Recht des Gläubigers vereiteln kann. Der Versuch, die hiernach zu unterscheidenden Fälle im Gesetze von vornherein näher zu bestimmen, ist nicht zu empfehlen. Es läßt sich nur sagen, daß ebensowenig die Aufwendung von Geldmitteln wie die Anwendung irgend einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden kann. Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschießt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sind besondere Fähigkeiten bei der Handlung anzuwenden, so wird sich nie mit Gewißheit feststellen lassen, daß der Schuldner sie hat; er wird den Mangel derselben durch ungenügende Ausführung der erzwungenen Handlung darthun. Es werden endlich durch § 779 Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, da an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urteil gilt. Für die Zwangsvollstreckung des § 774 bleiben abgesehen von den Fällen, in denen zur Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung civilrechtlich ein unmittelbarer Zwang vorgeschrieben ist — Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 § 29, preuß. Gesindeordnung*) v. 8. Nov. 1810 §§ 51, 167, v. 11. April 1845 (für Neuvorpommern) §§ 45, 161, v. 19. April 1844 (für die Rheinprovinz) §§ 16, 42 — namentlich Judikate, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides (EG. § 16 Nr. 3) oder auf Erteilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind."

Über die Vollstreckung des Urteils auf Ableistung des civilrechtlichen Offenbarungseides vgl. Bem. Nr. 1 vor § 778. — Über Vollstreckung der Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Erteilung einer Auskunft s. RG. 22. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 109 S. 358, 1. Nov. 1882 VIII Nr. 92 S. 336, OLG. Stuttgart SA. XLVI Nr. 245, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 496 ff., OLG. Marienwerder SA. XLVIII Nr. 76; über Rechnungslegung vgl. a. Bähr Jahrb. f. Dogm. XIII S. 251 ff., Rocholl Rechtsfälle II S. 221 ff. Außerdem kommen als Handlungen, die nach § 774 erzwungen werden können,

*) Die Verweisung auf diese Gesindeordnungen ist unrichtig; denn Dienstleistungen des Gesindes sind vertretbare Handlungen im Sinne des § 773; soweit die Gesindeordnungen direkten Zwang durch gerichtliches Exekutionsverfahren zulassen, sind sie durch § 773 der CPrO. außer Kraft gesetzt.

Digitized by Google

in Betracht die Anfertigung eines Inventars oder einer Bilanz, wenn diese Handlungen nicht von einem Dritten vorgenommen werden können, die Beisetzung einer Unterschrift auf einen Wechsel, die Bestellung einer Verbalkaution [RG. 2. Sept. 1884 Entsch. XIII Nr. 84 S. 341] ꝛc. ꝛc. Dagegen ist § 774 nicht anwendbar auf die Verpflichtung zur Bestellung einer Realkaution [RG. 2. Sept. 1884 Entsch. XIII Nr. 84 S. 341] oder zur Herausgabe oder Leistung von Sachen oder zur Verschaffung einer im Eigentum eines Dritten stehenden Sache [OLG. Jena Ztschr. f. d. CPr. VII S. 114] oder zur Teilung einer Leistungspflicht mit anderen nach Verhältnis des Vermögens gemäß preuß. ALR. II 3 § 20 [RG. 10. Aug. 1888 Entsch. XXIV Nr. 82 S. 378]; auch kann der Verkäufer, der die Ware an einem vom Käufer zu wählenden Orte zu liefern hat, den Käufer nicht nach § 774 zur Wahl des Lieferungsortes nötigen, weil der Käufer bei Weigerung der Wahl an jedem der zur Wahl stehenden Orte liefern und dann auf den Preis klagen kann [RG. 8. Dez. 1882 Entsch. VIII Nr. 100 S. 353, 21. Okt. 1884 XII Nr. 46 S. 184].

2. Die Verpflichtung, eine Handlung der in § 774 bezeichneten Art vorzunehmen, kann dadurch vollstreckt werden, daß das Gericht auf Antrag des Gläubigers den säumigen Schuldner mit Geldstrafe bestraft oder dem Gläubiger gestattet, den Schuldner bis zur Vornahme der Handlung, aber nicht länger als sechs Monate, in Haft nehmen. Weder zur Verurteilung des Schuldners in Geldstrafe noch zur Gestattung der Haft bedarf es einer gerichtlichen Aufforderung zur Vornahme der Handlung oder einer Androhung der Zwangsmittel. [Vgl. OLG. Hamburg SA. XLVIII Nr. 234. AM. Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 251 ff.] Das Gericht hat jedoch zu erwägen, ob der Antrag nicht mit Rücksicht auf die Art der vorzunehmenden Handlung verfrüht ist [vgl. OLG. Stuttgart SA. XLVI Nr. 245]. Ist dies nicht der Fall, so wird ohne weiteres auf eine bestimmte Geldstrafe erkannt oder die Verhaftung gestattet. Auf Geldstrafe kann wiederholt erkannt werden bis zur Gesamtsumme von 1500 ℳ. Die Geldstrafe fällt an die Staatskasse; sie ist von Amtswegen beizutreiben. Eine nicht beizutreibende Geldstrafe kann nicht in Haftstrafe umgewandelt werden, denn die Umwandlung ist hier nicht, wie in den §§ 345, 355, vorgesehen. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 4, Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 527 bei N. 29, Helmkampf Ztschr. f. d. CPr. X S. 121, RG. 22. Mai 1882 Entsch. VII Nr. 109 S. 360. AM. Endemann III S. 323.] Die Haft ist hier nicht Strafe, sondern ein Mittel, um den hartnäckigen Schuldner zu beugen. Sie wird nicht auf eine vom Gerichte bestimmte Zeit angeordnet, sondern kann, wenn zugelassen, bis zur gesetzlichen Maximaldauer (§ 794) vollzogen werden. Auf die Vollziehung sind die §§ 785 ff. anzuwenden, der Gläubiger hat also die Vollziehung zu betreiben und die Kosten vorzuschießen. — Von den beiden Zwangsmitteln ist dasjenige anzuwenden, welches der Schuldner beantragt. Will der Gläubiger die Zwangshaft versuchen, so kann ihm das nicht gewehrt werden. Umgekehrt kann das Gericht einen Gläubiger, der die Haftkosten nicht bezahlen will oder kann, nicht durch Anordnung der Haft lahmlegen. [So auch Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 2, v. Bülow N. 2, Helmkampf Ztschr. f. d. CPr. X S. 124 u. a. AM. Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 526 bei N. 22 (dessen Verweisung auf die Mot. stimmt nicht), Petersen (2) S. 1077, OLG. Marienwerder SA. XLVIII Nr. 76, OLG. Breslau SA. XLIX Nr. 138, die dem Gerichte die Wahl geben. Wieder anders Kohler a. a. O. S. 258.] Die beiden Zwangsmittel können nacheinander angewendet werden [RG. Entsch. VII Nr. 109 S. 359].

3. Auf den Antrag findet die Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 773 Anwendung. Das Verfahren s. § 776. Über die Einwendungen, die der Schuldner dabei vorbringen kann, vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 3 zu § 773. Dem Antrage kann mit der Einwendung begegnet werden,

Digitized by Google

daß die Handlung jetzt nicht mehr ausschließlich vom Willen des Schuldners abhänge, auch wenn der Schuldner daran Schuld ist [RG. 1. Nov. 1882 Entsch. VIII Nr. 92 S. 336]. Die Einwendung des Schuldners, seine Verpflichtung erfüllt zu haben, ist hier nicht zu würdigen, sondern vom Schuldner durch Klage geltend zu machen [RG. 1. April 1891 SA. XLVII Nr. 81, OLG. Marienwerder SA. XLVIII Nr. 76].

4. Zu Abs. 2: Landesgesetze, die einen Zwang zur Eingehung einer Ehe zuließen, sind beseitigt. — Ob die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens zulassen, ist nach denjenigen Gesetzen zu beurteilen, welche für die betreffende Ehe maßgebend sind, nicht nach den Gesetzen des Vollzugsorts [OLG. Hamburg SA. L Nr. 142]. Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens s. Reuß ä. L. AG. z. CPrO. v. 3. Mai 1879 §§ 11, 12; ferner Begründung d. Entw. I e. BGB. IV S. 109. Nach OLG. Kassel SA. XLVI Nr. 3 ist im ehemaligen Kurfürstentum Hessen die Herstellung des ehelichen Lebens durch Geldstrafe und Haft erzwingbar. — Nach dem Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11 § 774 Abs. 2 soll § 774 zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht mehr anwendbar sein.

§ 775.

Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgerichte erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu fünfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das Maß der Gesamtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.

Mot. S. 442—444. KPr. S. 413—415, 573, 580—583, 605, 606, 719 f.

1. Der § 775 ist nur anwendbar bei einer Verpflichtung zu bloß passivem Verhalten [über Verurteilung zum Austritte aus einem Geschäfte vgl. OLG. Stuttgart SA. XLIII Nr. 77], nicht bei Verpflichtung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes, wozu positive Vorkehrungen nötig sind [RG. 24. August 1885 Entsch. XV Nr. 90 S. 343]. Entsprechend der Eigenart der Verpflichtungen, die durch non facere erfüllt werden, erfolgt hier die Vollstreckung durch Repression, d. i. durch Bestrafung der Zuwiderhandlung. Diese Bestrafung kann aber nur nach vorheriger Androhung erfolgen. Die Androhung ist noch nicht Zwangsvollstreckung, wie schon daraus hervorgeht, daß sie im Urteile selbst enthalten sein kann [RG. 15. Dez. 1887 Entsch. XVIII Nr. 88 S. 385 ff.].

2. Die Strafandrohung ist entweder auf den in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte zu stellenden Antrag des Gläubigers in das Urteil aufzunehmen (sie kann in diesem Falle auch von dem Prozeßgerichte höherer Instanz ausgesprochen werden) oder sie ist nachträglich auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgerichte erster Instanz in dem in § 776 bestimmten Verfahren, also durch Beschluß zu erlassen. Das Recht, eine solche nachträgliche Strafandrohung zu erwirken, hängt nicht davon ab, daß nach der Verurteilung eine Zuwiderhandlung stattfand. [Unrichtig Kerkhof Mag. f. DR. III S. 215.]

Digitized by Google

Vorläufig vollstreckbare Urteile können Strafandrohungen enthalten; auch kann zu einem vorläufig vollstreckbaren Urteile eine nachträgliche Strafandrohung erwirkt werden, und zwar, wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung abhängt, schon vor der Sicherheitsleistung, weil die Strafandrohung noch keine Vollstreckung ist.

Die gegen den Rechtsvorgänger des Schuldners erlassene Strafandrohung wirkt gegen dessen allgemeinen Rechtsnachfolger fort, vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2; war gegen den Rechtsvorgänger noch keine Strafandrohung erlassen, so kann gegen den Rechtsnachfolger eine Strafandrohung erwirkt werden.

Für den Fall der Zuwiderhandlung ist eine bestimmte Strafe — z. B. Geldstrafe von 20 *M*, Haftstrafe von 14 Tagen — anzudrohen [vgl. Wilm. Levy N. 3, A. Förster N. 7]. Auf Antrag kann, nachdem der Schuldner wegen einer Zuwiderhandlung bestraft worden ist, eine erhöhte Strafe oder eine Strafe anderer Art für die ferneren Zuwiderhandlungen angedroht werden; außerdem wirkt die frühere Strafandrohung fort. Die Annahme, daß einfach Geld- oder Haftstrafe bis zum gesetzlichen Maximum anzudrohen und erst im Falle der Zuwiderhandlung die Art und das Maß der Strafe zu bestimmen sei [Struckm. Koch N. 3, Gaupp II S. 530 bei N. 6, Petersen (2) S. 1079 u. a.], ist mit dem Gesetzestexte nicht unvereinbar; allein nach dem früheren gem. Prozesse [s. JRA. § 162: „soll demselben auf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Poen bestimmet — werden", vgl. Seyfart Teutscher Reichsprozeß c. 32 § 23 N. b, Bayer Vortr. § 336 a. E., Wetzell Syst. § 50 bei N. 94, Heffter Syst. § 518 N. 72, Schmid Handb. II S. 348] und nach dem preuß. Prozeßrechte (AGO. I 24, § 34, VO. vom 4. März 1834 § 10) war die konkrete Strafe anzudrohen (vgl. a. preuß. Entw. § 1041); es ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich, daß man davon abweichen wollte. — Die Wahl zwischen Geld- und Haftstrafe sowie das Maß der anzudrohenden Strafe steht im Ermessen des Gerichts; der Antrag des Gläubigers ist nicht für die Wahl maßgebend, da die Haft hier, abweichend von § 774, eine Strafe ist und von Amtswegen vollzogen wird. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy (6) N. 1, Gaupp II S. 530 N. 8.]

3. Handelt der Schuldner nach Erlaß und in Kenntnis der Strafandrohung der Verpflichtung zuwider, so kann der Gläubiger beantragen, daß der Schuldner zu der angedrohten Strafe verurteilt werde. Auf den Antrag findet das in Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 773 Gesagte Anwendung. Nicht bloß der Vollstreckungstitel, sondern auch die Strafandrohung muß dem Schuldner zugestellt sein. Der Gläubiger kann aber die Bestrafung auch wegen einer vor der Zustellung liegenden Zuwiderhandlung verlangen, wenn der Schuldner den Vollstreckungstitel und die Strafandrohung bei der Zuwiderhandlung kannte. Wegen einer in Unkenntnis des Urteils oder der Strafandrohung begangenen Zuwiderhandlung kann der Schuldner nicht gestraft werden. Verfahren s. § 776. Wird die Behauptung des Gläubigers, daß der Schuldner in Kenntnis des Vollstreckungstitels und der Strafandrohung seiner Verpflichtung zuwidergehandelt habe, vom Schuldner bestritten, so hat der Gläubiger seine Behauptungen zu beweisen [vgl. Gaupp II S. 530, OLG. Dresden SA. XLVI Nr. 78]; die Sache liegt hier anders als in den Fällen der §§ 773, 774, da bei der Verurteilung zu einem passiven Verhalten eine positive Handlung des Beklagten vorhanden sein muß, damit überhaupt ein Recht auf Zwangsvollstreckung entsteht, während bei der Verurteilung zu einer positiven Handlung ein Recht auf Vollstreckungsmaßregeln vorhanden ist, das durch die Erfüllung erlischt; deswegen erscheint es billig, in jenem Falle die Begründung des Vollstreckungsantrags dem Gläubiger, in diesem die Begründung des Widerspruchs dem Schuldner zuzuweisen.

Der Rechtsnachfolger des Schulders kann nur wegen einer Zuwiderhandlung, die

Digitized by Google

er selbst in Kenntnis von der Verpflichtung und von der Strafandrohung begangen hat, bestraft werden. Zum Antrage auf Bestrafung ist erforderlich, daß der Schuldtitel samt der auf den Nachfolger umgestellten Vollstreckungsklausel dem Rechtsnachfolger zugestellt ist. Die Bestrafung kann auch wegen einer vor der Zustellung liegenden Zuwiderhandlung ausgesprochen werden. [Vgl. Schultzenstein Ztschr. f. d. CPr. XVII S. 169 ff. AM. KG. Berlin eod. S. 167.]

Für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung ist die angedrohte Strafe auszusprechen (Mot. S. 444). Sind mehrere Zuwiderhandlungen zugleich zu bestrafen, so ist eine Gesamtstrafe auszusprechen. Auf mehrere Geldstrafen ist ihrem vollen Betrage nach zu erkennen; hierbei kann über 1500 ℳ hinausgegangen werden [OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 78]. Auf mehrere Haftstrafen ist ebenfalls ihrem vollen Betrage nach zu erkennen; doch darf die Gesamthaftstrafe zwei Jahre nicht übersteigen. Auf eine Gesamthaftstrafe ist auch zu erkennen, wenn ein zweiter oder folgender Fall der Zuwiderhandlung zu bestrafen ist, bevor eine frühere Haftstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist (vgl. StrGB. § 79); auch hier gilt die Maximalgrenze von zwei Jahren. Dagegen können nacheinander Haftstrafen ausgesprochen werden, deren Summe die Dauer von zwei Jahren übersteigt (KPr. S. 415). — Die Geldstrafe fällt an die Staatskasse; sie ist von Amtswegen beizutreiben. Eine nicht beizutreibende Geldstrafe kann nicht in Haft umgewandelt werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 774. Auch die Haftstrafe ist von Amtswegen zu vollstrecken. Die Haft ist hier nicht Zwangshaft, sondern Strafe für den Ungehorsam gegen die gerichtliche Anordnung. Dies ergiebt schon der Ausdruck „Strafe der Haft" (vgl. a. § 345 Abs. 1) im Gegensatze zu „Haft" in den §§ 355 Abs. 2, 774, 782, 812. Die Motive (S. 446) bestätigen es, indem sie bei Aufzählung der Fälle, in denen die §§ 785 ff. anwendbar sind, den dem § 775 entsprechenden Paragraphen des Entw. nicht erwähnen. Vgl. a. nordd. Entw. § 1056, wo Gefängnisstrafe angedroht ist. Auf deren Vollzug ist die StrPrO. § 483 anwendbar. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 531 bei N. 12, Kohler Markenschutz S. 344, 375 f. AM. Hellmann Lehrb. S. 887, Oetker konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 578.]

4. Zu Abs. 3: Die Verurteilung zur Bestellung einer Sicherheit steht im Ermessen des Gerichts. Das Gericht wird regelmäßig erst, wenn Zuwiderhandlungen vorgekommen sind und ihre Wiederholung zu befürchten ist, die Bestellung einer Sicherheit anordnen; es kann diese Anordnung aber auch treffen, ohne daß eine Zuwiderhandlung vorlag. Die Verurteilung zur Bestellung einer Sicherheit ist noch keine Vollstreckung. Sie kann auf Antrag in dem Urteile oder in einem nachträglichen Beschlusse ausgesprochen werden. Für den Antrag gilt das in Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 773 Gesagte. Verfahren s. § 776. Bei der Verurteilung ist die Höhe der Sicherheit anzugeben. Wie die Sicherheit zu leisten ist, ergiebt § 101. Das Urteil oder der Beschluß, worin der Schuldner zur Bestellung einer Sicherheit verurteilt ist, ist nach § 773 zu vollstrecken. Die Sicherheit haftet für die Forderungen des Gläubigers, die aus ferneren Zuwiderhandlungen entstehen, nicht aber für die Geldstrafen (KPr. S. 719 ff.).

5. Über Anwendung des § 775 auf Vollstreckungstitel, die keine Urteile sind, s. Bem. Nr. 1 zu § 773. In einstweiligen Verfügungen ist die Strafandrohung auszusprechen. Bei einem Vergleiche (§§ 702 Nr. 1, 2) können Konventionalstrafen zu Gunsten einer Partei, aber nicht die Strafen des § 775 vereinbart werden; bevor diese Strafen verhängt werden, ist eine Androhung durch das Prozeßgericht nötig.

§ 776.

Die in Gemäßheit der §§ 773—775 zu erlassenden Entscheidungen können

Digitized by Google

ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören.

Mot. S. 444, 445. KPr. S. 416, 417, 583.

1. Die Anträge auf Erlassung der Entscheidungen nach §§ 773—775 müssen, wenn das zuständige Prozeßgericht ein Landgericht ist, schriftlich durch einen Anwalt, sie können, wenn das Prozeßgericht ein Amtsgericht ist, ohne Anwalt schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellt werden.

2. Wegen des Verfahrens s. Bem. Nr. 6 zu § 119. Beweisanträge und Eideszuschiebung sind zulässig, aber keine bedingten Urteile. Die Eidesauflage erfolgt durch Beschluß; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 425. Nach dem Schlußsatze des § 776 muß dem Gegner vor der Entscheidung Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Erklärung gegeben werden. Die Entscheidung nach § 775 Abs. 2 (Strafandrohung) ist nicht ausgenommen, obwohl hierfür das Gehör des Gegners nicht paßt. — Auf die Abgabe der Erklärung findet die Bem. Nr. 1 entsprechende Anwendung.

3. Die Entscheidungen sind Beschlüsse [RG. 14. Juni 1887 Entsch. XVIII Nr. 76 S. 360]. Werden sie verkündet, so bedarf es nicht der Zustellung (§ 294 Abs. 1); sonst sind sie beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3), und zwar an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz [RG. 8. Juli 1892 Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 427]. Gegen alle Entscheidungen findet die sofortige Beschwerde ohne Suspensiveffekt statt (§§ 701, 535 Abs. 1). [Vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. XV S. 478, RG. Entsch. XV Nr. 90 S. 343, XXXII Nr. 98 S. 379, bay. ob. LG. SA. XLII Nr. 255, OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 79. Das RG. Entsch. XVIII Nr. 76 S. 361 hat gegen eine im Endurteile erlassene Entscheidung die Berufung für zulässig erklärt; dagegen mit Recht Hagemann Ztschr. f. d. CPr. XII S. 400 ff.].

4. Wegen der Gebühren s. GKG. § 27 Nr. 2, 39 in der Fassung des RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 23 Nr. 2, 31, 33 Abs. 2, 34.

§ 777.

Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, welche er nach den Bestimmungen der §§ 773, 775 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Bestimmungen des § 678 Abs. 3 zu verfahren hat.

Mot. S. 445. KPr. S. 417, 418, 583.

1. Eigenmächtiges Vorgehen zur Brechung des Widerstandes ist dem Gläubiger weder im Falle des §§ 773 noch im Falle des § 775 gestattet (KPr. S. 417).

2. Wegen der Gebühren des GV. s. GO. f. GV. § 8.

§ 778.

Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.

Den Anspruch auf Leistung des Interesse hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

Mot. S. 445. KPr. S. 417, 418, 583.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Das Recht des Gläubigers, statt der wirklichen Erfüllung einer Verpflichtung sein Interesse zu fordern, wird durch die Bestimmungen dieses Abschnitts weder ausgeschlossen noch begründet. Die Grundsätze darüber, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zu der Interesseforderung übergehen, insbesondere die Naturalerfüllung der Verpflichtung zurückweisen kann, und ob

Digitized by Google

derselbe an den Übergang zur Interesseforderung gebunden ist, gehören dem materiellen Rechte an (vgl. HGB. Art. 356 f.)."

Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 243, Entw. II § 239, RG. 3. Okt. 1888 Entsch. XXII Nr. 52 S. 255 (dazu Kipp in der zu § 773 cit. Schrift S. 65 f.), 21. Juni 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 450 ff.

2. Ist der Gläubiger, der die Verurteilung des Schuldners zu einer anderen Leistung erwirkt hat, nach dem Civilrechte befugt, anstatt dieser Leistung das Interesse zu verlangen, so hat er seinen Anspruch durch Klage im ordentlichen Verfahren geltend zu machen. Für diesen neuen Prozeß gelten die allgemeinen Regeln mit der einzigen Ausnahme, daß für die Klage das Gericht, bei dem der frühere Prozeß in erster Instanz anhängig war, ausschließlich (arg. § 707) örtlich und sachlich, also ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes, zuständig ist. Diese besondere Zuständigkeit greift aber nicht Platz, wenn von Anfang an das Interesse gefordert oder wenn Entschädigung wegen verspäteter Erfüllung verlangt wird. Sie gilt jedoch auch in den Fällen des Vergleichs (§ 702 Nr. 1, 2); wegen des Prozeßgerichts im Falle des § 701 Nr. 2 vgl. Bem. Nr. 1 zu § 773. Für Geltendmachung der Interesseforderung durch Aufrechnung gilt die Zuständigkeitsbestimmung in § 778 Abs. 2 nicht [RG. 29. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 926]. — Eine eventuelle Verurteilung zur Leistung des Interesses ist nicht zulässig [OLG. Hamburg SA. XLVII Nr. 235].

§ 779.

Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist.

Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

Mot. S. 443, 444. KPr. S. 418, 419, 583, 720.

Litteratur: Die zu § 773 cit. Schrift von Kipp, Kohler Arch. f. c. Pr. LXXX S. 267 ff., Stiff die Verurteilung zur not. Beurkundung von Grundeigentumsverträgen (darüber Mügel Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 479).

1. Über das frühere Recht und die Entstehungsgeschichte des § 779 s. Kipp S. 44 ff. Vgl. a. preuß. Ges. v. 24. Mai 1853 § 32, v. 21. März 1868 § 96, v. 5. Mai 1872 §§ 4, 19 Nr. 2, 53, 65 Abs. 2, Grundbuchordn. §§ 53, 85, 94 Nr. 2.

Der § 779 ist anwendbar, wenn der Schuldner zu einer dem Gläubiger gegenüber abzugebenden oder nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung bestimmten Inhalts verurteilt ist, ohne Rücksicht auf die Form der Erklärung; so z. B. bei Verurteilung zur Abtretung einer Forderung, zur Bewilligung einer bestimmten Eintragung oder Löschung im Grund- oder Hypothekenbuche, zur Bewilligung einer Patentübertragung, zur Ausstellung einer Vollmacht von urteilsmäßig bestimmtem Inhalte [AM. das in Annalen des RG. VIII S. 509 und bei Kipp S. 94 ff. cit. Urt. d. RG. v. 23. Okt. 1883], zur Erteilung der Zustimmung zu einer Ehe ꝛc. Ausgenommen ist die Verurteilung zur Eingehung einer Ehe.

Dagegen ist § 779 nicht anwendbar auf die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen nicht feststehenden Inhalts (z. B. zum Abschlusse eines Vertrags, dessen Inhalt noch nicht genau im Urteile bestimmt ist) oder gegen Dritte (z. B. Kündigung eines Mietvertrags), sowie auf Handlungen, die keine reinen Willenserklärungen sind. Zu diesen gehört namentlich die Ausstellung von Urkunden, die, wie Wechsel oder Inhaberpapiere

Digitized by Google

oder Legitimationspapiere, zur Geltendmachung von Rechten notwendig sind. [Vgl. Kipp S. 74—104, Kohler S. 270 ff.]

2. Soweit der § 779 anwendbar ist, ersetzt das Urteil die Erklärung des Schuldners. Das Gesetz bedient sich der fiktiven Ausdrucksweise: „Die Erklärung gilt als abgegeben." Löst man die Fiktion auf, so ergiebt sich, daß dem Urteile dieselben Wirkungen wie der Erklärung zukommen. [Über diese Fiktion vgl. Wach Handbuch I S. 303, Kohler Markenschutz S. 346, Kipp S. 71 ff.]. Diese Urteilswirkung tritt ein, wenn das Urteil die Rechtskraft erlangt hat (darüber vgl. Bem. Nr. 1 zu § 645), bei ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen mit der Rechtskraft des Vollstreckungsurteils (§§ 660, 868) [vgl. RG. 28. Juni 1886 Entsch. XVI Nr. 104 S. 421]. Ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil hat die in § 779 bezeichnete Wirkung im allgemeinen nicht, weil diese erst mit der Rechtskraft eintritt [aM. Kipp S. 126 ff., Kohler S. 281, dieser fordert einen Vollstreckungsbeschluß (?)]; nur bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen, die auf Bewirkung einer Eintragung in ein Grund- oder Hypothekenbuch erkennen, muß aus § 658 gefolgert werden, daß die dort bezeichneten Einträge schon vor der Rechtskraft möglich sind. [Vgl. Wilm. Levy N. 2 Abs. 2, Gaupp II S. 535.] — Der Zustellung des Urteils bedarf es zum Eintritte der Wirkungen des § 779 nicht; auch nicht der Vollstreckungsklausel Ausnahme: Abs. 2.

Da das Urteil nur die Erklärung des Schuldners ersetzt, so erübrigt das Urteil, wodurch dieser zur Verbriefung eines Vertrags vor dem Notare verurteilt wird, nicht die Verbriefung; denn dazu gehört auch die vor dem Notare abzugebende Erklärung des anderen Teils [RG. 20. Dez. 1892 Entsch. XXXI Nr. 82 S. 359].

3. Der Satz: „Ist die Willenserklärung — erteilt ist" wurde in der JK. d. RT. beigefügt. Er paßt vollkommen auf die Verurteilung zur Abgabe einer von einer Vorleistung abhängigen Willenserklärung; ist aber die Willenserklärung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung abzugeben, so ergiebt sich das Bedenken, daß die §§ 664, 666 auf Urteile, die zur Leistung „Zug um Zug" verurteilen, nicht anwendbar sind (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 664). Dies scheint in der JK. d. RT. übersehen worden zu sein. Wie das Gesetz jetzt lautet, umfaßt es auch die Verurteilung zur Leistung „Zug um Zug" und stellt dadurch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung der Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung gleich. [Vgl. Eccius Beitr. z. E. d. DR. XXIII S. 739 f., Brettner Ztschr. f. d. CPr. III S. 331, Kipp S. 104 ff.]

4. Auf andere Vollstreckungstitel als Urteile ist § 779 nicht anwendbar. Das folgt zwar nicht daraus, daß § 779 von Verurteilung und Eintritt der Rechtskraft des Urteils spricht, denn diese Ausdrucksweise stände der entsprechenden Anwendung nicht im Wege, wohl aber daraus, daß bei dem allein in Betracht kommenden Vollstreckungstitel, nämlich dem Vergleiche, kein Bedürfnis nach Anwendung des § 779 besteht, da die Parteien bei dem Vergleiche die betreffende Willenserklärung direkt abgeben können und regelmäßig abgeben werden. [AM. Kipp S. 115; Kohler a. a. O. S. 286 f. verlangt Vollstreckungsbeschluß (?) auf Grund des Vergleichs.]

Vierter Abschnitt.
Offenbarungseid und Haft.

Litteratur: Schönfeld Offenbarungseid und Haft (Gnesen 1888).

1. **Offenbarungseid.** Litteratur s. Bem. Nr. 1 zu 711. — Die Vorschriften des 8. Buchs 4. Abschn. über das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides und zu dessen Erzwingung beziehen sich auf den Offenbarungseid des § 711 (vgl. a. preuß. AG. z. GKG. v. 10. März 1879 § 30 Abs. 2) und des § 769, ferner gemäß KO. § 65 auf den Offen-

Digitized by Google

barungseid der KO. § 115. Sie sind aber nicht anwendbar auf den civilrechtlich gebotenen Offenbarungs- oder Manifestationseid — z. B. l. 22 § 10 C. de iure delib. 6, 30 [dazu RG. Entsch. VIII Nr. 41], Nov. 1 cap. 2, pr. ALR. I 9 §§ 440, 441, pr. AGO. I 22 §§ 28, 29 [dazu Entsch. IX Nr. 72], bay. LR. III c. 2, 1 § 18 Nr. 19, Code de proc. art. 943, bay. AG. z. CPr. Art. 85; das Urteil auf Leistung eines solchen Eides ist nach § 774 vollstreckbar. [So die Mot. S. 443, alle Kommentare, Grisebach Mag. f. d. DR. II S. 234 ff., Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 220, Francke Offenbarungseid S. 108 ff., Just Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 334 ff., RG. 2. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 104 S. 397. AM. Mugdan Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 274 ff.] Auch vor welcher Behörde (Notar, Verlassenschafts-, Vormundschaftsbehörde, Gericht) ein solcher Eid zu leisten ist, bestimmt das Landesrecht. War das Gericht nicht zuständig zur Abnahme des Eides ohne das Urteil, so wird es auch durch das Urteil nicht zuständig. Ist nach dem Landesrechte der Eid vor dem Gerichte zu leisten, so ist das Prozeßgericht der ersten Instanz — nicht das Vollstreckungsgericht des § 684, denn die Eidesabnahme ist keine Vollstreckungshandlung — zuständig. [Ähnlich Francke a. a. O. S. 110 ff., Hergenhahn Mag. f. DR. VIII S. 102 ff., RG. 2. Mai 1882 Entsch. XI Nr. 104 S. 397.] Nach dem Landesrechte ist auch die Formel des Eides zu bestimmen. — Vgl. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 700.

2. Haft: Die Vorschriften des 8. Buchs 4. Abschn. über Haft finden Anwendung auf alle Fälle der Zwangshaft im Vollstreckungsverfahren (KPr. S. 420), also auf die Zwangshaft nach §§ 774, 782; ferner nach § 355 Abs. 2 auf die Zwangshaft zur Erzwingung des Zeugnisses, nach § 812 auf den persönlichen Sicherheitsarrest und nach KO. § 65 auf die Haft gegen den Gemeinschuldner (KO. §§ 93, 98); nicht auf die Haftstrafe der §§ 345, 355 Abs. 1 und 775.

Nur in den in der CPrO. und in der KO. vorgesehenen Fällen ist die Haft als Exekutionsmittel zulässig (KPr. S. 420 f.) — Die Haft ist zulässig gegen prozeßfähige Personen und gegen die gesetzlichen Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien.

§ 780.

Für die Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

Mot. S. 445. KPr. S. 419, 420, 583.

„Wohnsitz" — s. Bem. Nr. 1 zu § 13. Die Bestimmungen über gesetzlichen und accessorischen Wohnsitz (§§ 14—17) sind zu § 780 anwendbar. — „Aufenthaltsort" — s. Bem. Nr. 1 zu § 18. Die Zuständigkeit des Gerichts des Aufenthaltsorts tritt hier schon in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes ein. — Die Zuständigkeit ist ausschließlich (§ 707).

§ 781.

Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urteil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils.

§ 782.

Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne

Digitized by Google

Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 583.

1. Litteratur: s. Bem. Nr. 1 vor § 711; dazu Kohler Prozeß als Rechtsverhältnis S. 45 f., Scheuffler Sächs. Arch. I S. 233 ff., Lessing eod. IV S. 164 ff., Lobe eod. V S. 117 ff.

2. Die Ladung erfolgt auf Betreiben des Gläubigers. Vermittelung durch den Gerichtsschreiber s. § 458. Ladungsfrist s. § 194. [Vgl. Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 631, Krech S. 242, Francke S. 66 ff.]. Zustellung nach § 152 ff. Die Ladung muß als Zweck des Termins die Leistung des Offenbarungseides nach § 711 (daß darin das Begehren des Vermögensverzeichnisses liegt, s. Bem. Nr. 2 zu § 711) oder nach § 769 bezeichnen. Die eventuelle Verhandlung über den Widerspruch braucht nicht als Zweck des Termins besonders angegeben zu werden. [Vgl. Drache Ztschr. f. d. CPr. III S. 316 ff. AM. Lewinsohn Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 139, Friedländer Beitr. z. Erl. d. DR. XXXIII S. 577, OLG. Jena Jur. WSchr. 1880 S. 159.] Der Vorsitzende muß den Termin in das Ladungsformale einsetzen, ohne zu untersuchen, ob die Voraussetzungen zum Offenbarungseide vorliegen. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Gaupp II S. 537 N. 2, Falkmann Zwangsvollstreckung S. 326, Krech Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 260. AM. Hellmann Lehrb. S. 854, Mugdan Ztschr. f. d. CPr. V S. 266 ff., Francke Offenbarungseid S. 59, Just Arch. f. civ. Pr. LXVIII S. 356, Kohler Pr. als RV. S. 45, Lewinsohn a. a. O. S. 102, Friedländer Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 573 ff.]

3. a) Sind im Termine beide Parteien erschienen und erklärt sich der Schuldner zur Leistung des verlangten Offenbarungseides bereit, so hat das Gericht den Eid abzunehmen. Erklärt ein Bevollmächtigter des Schuldners dessen Bereitwilligkeit zur Eidesleistung, so kann nach Umständen vertagt oder nach § 441 verfahren werden. Doch hat das Gericht, ehe es zur Eidesabnahme schreitet, ex officio zu prüfen, ob es zuständig ist, ob der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat, ob dieser Titel dem Schuldner zugestellt ist, ob die sonstigen Voraussetzungen des Offenbarungseides vorhanden sind — also bei dem Eide nach § 711, ob die in § 711 geforderte Glaubhaftmachung vorliegt, bei dem Eide nach § 769, ob es sich um eine res specialis handelt ꝛc. ꝛc. Entdeckt das Gericht einen Mangel in diesen Voraussetzungen, so muß es die Abnahme des Eides verweigern. Die Weigerung ist durch Beschluß auszusprechen, auch wenn der Schuldner zur Eidesleistung bereit ist. Gegen den abweisenden Beschluß steht dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu; arg. § 701. [Vgl. Lewinsohn a. a. O. S. 106, Friedländer a. a. O. S. 577. Dagegen hält Krech die einfache Beschwerde für zulässig.]

b) Sind beide Parteien erschienen und bestreitet der Schuldner unter Angabe von Gründen seine Verpflichtung zur Leistung des Eides, so beginnt die Verhandlung über die Eidespflicht. Diese Verhandlung hat nicht, wie die fakultativ mündliche Verhandlung, nur informatorische Bedeutung, sondern das Verfahren steht unter dem Grundsatze der Mündlichkeit. Dies folgt daraus, daß das Gesetz die Entscheidung in diesem Falle als Urteil bezeichnet; denn Urteil heißt in der Sprache der CPrO. nur die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehende Entscheidung (vgl. Bem. Nr. 1 vor § 272). [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 781, Gaupp II S. 538 f., Drache S. 328, Francke S. 43 ff., Just S. 353, Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 345 f. AM. Wilm. Levy N. 3 zu § 781, Krech a. a. O. S. 250 ff., Mugdan a. a. O. S. 269 ff. Die auch von Krech verwertete Angabe Wilmowskis, daß die Vorkommission, die statt „Entscheidung" „Urteil" setzte, eine formelle mündliche Verhandlung nicht gewollt habe, dürfte nichts beweisen; waren die Mitgl. d. Komm. sich nicht bewußt, was sie durch das Wort „Urteil" bewirkten, so ging es ihnen

Digitized by Google

wie dem Mann im Märchen, der das Zauberwort ausspricht.] Die Verhandlung dreht sich um die Frage, ob der Schuldner zur Leistung des vom Gläubiger verlangten Eides verbunden sei. Die Verpflichtung kann nur aus prozeßrechtlichen Gründen bestritten werden. Ein vertragsmäßiger Verzicht auf den Offenbarungseid ist wirkungslos. [Vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 319. AM. Lewinsohn a. a. O. S. 117 f.] Über materiellrechtliche Einwendungen gegen den im Urteile festgestellten Anspruch kann in diesem Verfahren nicht entschieden werden (Mot. z. Entw. I S. 483), sie sind durch Klage nach § 686 geltend zu machen; aber eine sich auf materiellrechtliche Einwendungen stützende Verweigerung des Offenbarungseides ist keine Verweigerung ohne Grundangabe [OLG. Hamburg SA. XLVII; aM. Lewinsohn Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 96]; das Vollstreckungsgericht kann die Verhandlung, wenn die Klage nach § 686 erhoben ist, aussetzen (§ 139) und außerdem vertagen. — Das Urteil kann mit Berufung angefochten werden. [So auch die oben Angeführten, die für die Verhandlung den Grundsatz der Mündlichkeit anerkennen, sowie RG. 22. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 135 S. 412; wogegen die dort dissentierenden Schriftsteller die sofortige Beschwerde zulassen, ebenso Bl. f. RA. III Erg.Bd. S. 4 ff.] Ist das Urteil rechtskräftig, so muß der Gläubiger den Schuldner von neuem laden. Nur wenn der Schuldner auf Rechtsmittel verzichtet, kann ihm der Eid sofort abgenommen werden. — Das Urteil über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides ist von dem in § 780 bezeichneten Gerichte zu erlassen. [Vgl. nordd. Entw. §§ 1035 Abs. 2, Drache S. 325 ff., Krech S. 248, Francke S. 37]. — Streitigkeiten, die nicht die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides, sondern die Fassung des Eides oder die Ordnungsmäßigkeit des Vermögensverzeichnisses betreffen, sind nicht durch Urteil, sondern durch einen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschluß zu entscheiden.

c) Sind beide Parteien erschienen und verweigert der Schuldner ohne Grundangabe die Eidesleistung, so ist auf Antrag des Gläubigers durch Beschluß gegen den Schuldner die Haft anzuordnen und der Haftbefehl zu erlassen. Doch muß das Gericht auch hier ex officio prüfen, ob die in litt. a erwähnten Voraussetzungen des Antrags gegeben sind, und bei einem Mangel den Antrag abweisen. Gegen den dem Antrage stattgebenden Beschluß steht dem Schuldner, gegen den abweisenden Beschluß dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu (arg. § 701); denn wenn kein Weigerungsgrund angegeben wird, ist kein Urteil nötig, es liegt also eine Entscheidung vor, die ohne mündliche Verhandlung erlassen werden konnte. [So auch die Kommentare, sowie Francke a. a. O. S. 78 f., Lewinsohn a. a. O. S. 115. Nach Krech a. a. O. S. 270 fände gegen den abweisenden Beschluß die einfache Beschwerde statt.] — Ebenso wäre zu verfahren, wenn der Schuldner nach rechtskräftiger Entscheidung über seine Eidespflicht die Leistung des Eides unter Wiederholung der früheren, bereits abgeurteilten Gründe verweigern sollte.

4. Ist in dem Termine nur der Gläubiger erschienen, so ist auf dessen Antrag ebenso zu verfahren, wie im Falle der Bem. Nr. 3 litt. c. [Vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 347. AM. Lewinsohn a. a. O. S. 138.]

5. Ist im Termine nur der Schuldner erschienen, so ist zu unterscheiden: a) Der Schuldner erklärt sich zur Eidesleistung bereit; dann ist der Eid, ohne daß es einer Entscheidung bedarf, abzunehmen, es wäre denn, daß das Gericht bei der hier wie im Falle der Bem. Nr. 3 litt. a anzustellenden Offizialprüfung einen Mangel der prozessualischen Voraussetzungen entdeckte, in welchem Falle durch Beschluß die Weigerung des Gerichts zur Mitwirkung bei der Eidesleistung auszusprechen wäre. b) Widerspricht der Schuldner der Verpflichtung zur Eidesleistung, so wird eine mündliche Verhandlung und ein Urteil nötig. Zu dieser Verhandlung ist der Gläubiger nicht erschienen. In entsprechender Anwendung

Digitized by Google

des § 295 ist auf Antrag des Schuldners das Versäumnisurteil gegen den Gläubiger dahin zu erlassen, daß er mit dem Antrage auf Leistung des Offenbarungseides abgewiesen werde; dagegen steht dem Gläubiger der Einspruch zu. [Vgl. Struckm. Koch N. 4 zu § 781, Gaupp II S. 539 bei N. 12, Just a. a. O. S. 357 u. a. AM. Wilm. Levy N. 1 zu § 781, Petersen (2) S. 1086, A. Förster N. 5 zu § 781, Drache a. a. O. S. 321 ff., Krech a. a. O. S. 259, Francke a. a. O. S. 72 ff., Friedländer a. a. O. S. 594, OLG. Hamburg SA. XL Nr. 331.]

6. Ist im Termine weder der Gläubiger noch der Schuldner erschienen, so ruht das Verfahren. [Vgl. Scheuffler Sächs. Arch. I S. 233. AM. OLG. Dresden eod. S. 288.]

7. Die Kosten des Verfahrens sind nach §§ 87, 697 zu beurteilen. Über die Kosten ist vom Gerichte in dem Beschlusse oder dem Urteile zu entscheiden. Festsetzung nach § 98. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 35 Nr. 2, 39 in der Fass. d. RG. v. 29. Juni 1881.

8. Von der Ladung eines Offiziers zur Leistung des Offenbarungseides hat in Preußen der Gerichtsschreiber dem Militärvorgesetzten Nachricht zu geben; preuß. JMBl. 1880 S. 41, 92.

§ 783.

Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrage ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntnis gesetzt.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 583.

1. Das Amtsgericht des Haftorts kann von dem in § 780 bezeichneten Gerichte verschieden sein. Das Gericht kann aus dem Haftbefehl die Eidesnorm entnehmen (§ 789). Im Falle des § 711 darf ohne Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses der Eid nicht abgenommen werden; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 711. Über die Eidesleistung ist ein Protokoll zu errichten. Die Zurücknahme des Haftbefehls wird nicht beschlossen. Der Schuldner kann sich durch eine beglaubigte Abschrift des Protokolls gegen wiederholte Verhaftung schützen (§ 691 Nr. 4). Zu der Eidesleistung braucht der Gläubiger nicht geladen zu werden; er erfährt die Eidesleistung erst nach der Entlassung des Schuldners durch formlose Offizialmitteilung des Gerichts. Beanstandet der Gläubiger hintendrein die Ordnungsmäßigkeit der Eidesleistung, so bleibt ihm nichts übrig, als das Verfahren nach § 781 von vorn anzufangen und einen neuen Haftbefehl zu erwirken.

2. Hat der Schuldner es bis zur Erlassung des Haftbefehls kommen lassen, so kann er nicht [wie Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 637 und Francke a. a. O. S. 83 annehmen] vor der Verhaftung den Gläubiger vor das Gericht (§ 780) laden und durch Leistung des Eides der Verhaftung vorbeugen. Er kann sich gegen den Haftbefehl beschweren und im Beschwerdeverfahren den Eid leisten; er kann auch im Einverständnisse mit dem Gläubiger einen Termin zur Eidesleistung erwirken; aber er kann sowenig nach dem Haftbeschlusse die Initiative durch Ladung des Gegners ergreifen, als er dies vor dem Haftbeschlusse konnte.

§ 784.

Ein Schuldner, welcher den im § 711 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

Mot. S. 445. KPr. S. 420, 421, 583.

Digitized by Google

1. Da der Offenbarungseid des § 711 das gesamte Vermögen des Schuldners erfaßt, so wirkt dessen Leistung nicht nur für andere Forderungen desselben Gläubigers, sondern auch gegen andere Gläubiger (Mot. S. 445, nordd. Prot. IV S. 2071). Wird ein späterer Vermögenserwerb glaubhaft gemacht (§ 266), so kann derselbe Gläubiger, es können andere Gläubiger die Wiederholung verlangen. Vgl. § 795. Die Vorschrift des § 784 ist von Amtswegen zu beachten; es ist also der erschienene Schuldner vom Amtsrichter auf § 784 aufmerksam zu machen und auch bei Ausbleiben des Schuldners ist vom Gläubiger die Glaubhaftmachung des Vermögenserwerbs zu fordern. [Vgl. OLG. Dresden Arch. f. c. Pr. LXX S. 155. AM. Gaupp II S. 541 N. 3, Lewinsohn a. a. O. S. 109.] Stellt sich im Beschwerdeverfahren heraus, daß der Schuldner den Eid schon einem anderen Gläubiger gegenüber geleistet hat, so ist der Haftbefehl aufzuheben [KG. Berlin SA. XLIX Nr. 69].

2. Bei dem Offenbarungseide nach § 769 ist die Wiederholung nicht ausgeschlossen (Mot. S. 445, nordd. Prot. IV S. 2058). Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 769.

§ 785.

Die Haft ist unstatthaft:

1) **gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;**
2) **gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteil oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;**
3) **gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiff angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.**

Mot. S. 446. KPr. S. 420, 421, 583.

1. Durch § 785 wird weder die Anordnung der Haft noch die Erlassung des Haftbefehls, sondern nur die Vollstreckung gehindert. Einwendungen auf Grund des § 785 sind nach § 685 geltend zu machen.

2. Zu Nr. 1: Vgl. Reichsverfassung Art. 31; preuß. Verf.Urk. Art. 84. bay. Verf.-Urk. Tit. VII § 36, württ. Ges. v. 23. Juni 1874 Art. 8 ꝛc.

3. Zu Nr. 2: „Militärpersonen" s. Bem. Nr. 2 zu § 14; — „mobilen Truppenteil" — „in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug", s. Bem. Nr. 1 zu § 184.

4. Zu Nr. 3: Aus HGB. Art. 445, 446 Abs. 3 wiederholt. Ob ein Schiff See- oder Flußschiff ist, richtet sich nach der Verwendung im einzelnen Falle.

§ 786.

Die Haft wird unterbrochen:

1) **gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;**
2) **gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppenteile oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse.**

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Vgl. Bem. Nr. 2 und 3 zu § 785. — Das Amtsgericht des Haftorts (§ 684) hat auf Verlangen der Versammlung (Nr. 1) oder auf Mitteilung der Einberufungsordre (Nr. 2) die Freilassung zu verfügen. Der Gläubiger muß nicht gehört werden. Der Schuldner kann gegen die Fortsetzung der Haft Einwendungen nach § 685 erheben.

Digitized by Google

§ 787.

Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

1. Bem. Nr. 1 zu § 785 findet hierher entsprechende Anwendung.

2. Zunächst hat der Gerichtsvollzieher auf die Vorschrift des § 787 zu achten. Vollstreckt er die Haft, so kann der Schuldner auf Grund des § 787 Einwendungen nach § 685 erheben. Unterläßt der GV. wegen § 787 die Verhaftung, so kann der Gläubiger, der dies nicht für gerechtfertigt hält, Einwendung gegen das Verfahren des GV. nach § 685 erheben. Aus dem in § 787 angeführten Grunde kann der Schuldner auch die Unterbrechung der Haft im Wege des Verfahrens nach § 685 verlangen.

§ 788.

Die Haft wird in einem Raume vollstreckt, in welchem nicht zugleich Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

1. Die Motive bemerken: „Daß die Haft nur in Entziehung der Freiheit besteht, versteht sich nach § 18 Abs. 2 des StrGB. von selbst."

2. In einem Gebäude, in dem auch Untersuchungs- oder Strafgefangene sich befinden, sowie auch in einem Raume, der sonst für Untersuchungs- oder Strafgefangene benutzt wird, darf die Haft vollstreckt werden.

§ 789.

Das Gericht hat bei Anordnung der Haft einen Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

1. Der Haftbefehl ist die vollstreckbare Ausfertigung des Haftbeschlusses. Der Haftbefehl ist die formelle Grundlage der Vollstreckung.

2. „Grund der Verhaftung" d. i. die Erzwingung des Zeugnisses in der zu bezeichnenden Prozeßsache, die Erzwingung der genau zu bezeichnenden Handlung oder des Offenbarungseides in der anzugebenden Fassung.

§ 790.

Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Der Haftbefehl muß bei der Verhaftung dem Schuldner vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgeteilt werden.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Näheres s. preuß. GA. f. GV. § 98. Wegen Nachverhaftung eines bereits verhafteten Schuldners eod. § 99.

§ 791.

Vor der Verhaftung eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, nachdem die vorgesetzte Behörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Die Behörde ist verpflichtet, ohne Verzug die erforder-

Digitized by Google

lichen Anordnungen zu treffen und den Gerichtsvollzieher hiervon in Kenntnis zu setzen.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

„Beamten", „Geistlichen" — s. Bem. Nr. 5 zu § 715.

§ 792.

Der Gläubiger hat die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat vorauszuzahlen. Die Aufnahme des Schuldners in das Gefängnis ist unstatthaft, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet ist. Wird die Zahlung nicht spätestens bis zum Mittage des letzten Tages erneuert, für welchen sie geleistet ist, so wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen. Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

Mot. S. 446, 447. KPr. S. 421, 583.

1. Die Vorauszahlung der Kosten ist nicht Bedingung für die Anordnung der Haft oder für die Erteilung des Haftbefehls, sondern erst für die Vollstreckung des Befehls. Der GV. hat sich, bevor er zur Verhaftung schreitet, zu vergewissern, daß die Transportkosten gedeckt und daß die Verpflegungskosten auf einen Monat bezahlt sind oder bei der Aufnahme bezahlt werden. — Für die Höhe der Haftkosten sind nach GKG. § 79 Nr. 8 die für die Strafhaft geltenden landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend.

Die durch die Haft entstehenden Kosten einschließlich der Verpflegungskosten können als Kosten der Zwangsvollstreckung auf Grund des Vollstreckungstitels ohne gerichtliche Festsetzung nach § 697 beigetrieben werden. Beanstandungen sind nach § 685 zu erledigen.

Die Bewilligung des Armenrechts bewirkt nach § 107 Nr. 1 die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten einschließlich der baren Auslagen. Unter diesen nennt das GKG. § 79 Nr. 8 die Haftkosten; das AR. befreit folglich auch von der Verpflichtung zur Vorausbezahlung der Verpflegungskosten. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 1, Gaupp II S. 545, Friedländer Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 602, Hergenhahn Arch. f. c. Pr. LXXX S. 301 ff., OLG. Jena SA. XLVII Nr. 66. AM. Wilm. Levy N. 1, Francke Offenbarungseid S. 5, OLG. Kassel SA. XL Nr. 165.] Auch wenn nach §§ 597 Abs. 2, 621 Abs. 3 die Haft von Amtswegen verfügt wird, entfällt die Verpflichtung der Partei zur Vorausbezahlung der Kosten.

2. Der Schlußsatz macht unmöglich, daß der Gläubiger durch Unterbrechung und Erneuerung der Haft den Schuldner chikaniere (Mot. S. 447). Auf Grund eines neuen Haftbefehls kann derselbe Gläubiger den Schuldner aufs neue verhaften lassen.

§ 793.

Soll die Haft gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson vollstreckt werden, so hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

Mot. S. 446. KPr. S. 421, 583.

Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 14, Bem. Nr. 1 und 4 zu § 343.

§ 794.

Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten nicht übersteigen. Nach

Digitized by Google

Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen.

Mot. S. 447. KPr. S. 421, 583.

Hat jemand mehrere Haftbefehle gegen dieselbe Person erwirkt — z. B. einen wegen Verweigerung des Offenbarungseides und einen wegen Verweigerung einer Handlung — so erstreckt sich das Maximum der Haft auf sovielmal sechs Monate als Haftbefehle vorhanden sind. Wegen Nachverhaftung für einen Dritten s. preuß. GA. f. GV. § 99.

§ 795.

Ein Schuldner, gegen welchen wegen Verweigerung des im § 711 erwähnten Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von neuem zur Leistung dieses Eides durch Haft nur angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe.

Mot. S. 447. KPr. S. 421, 583.

Vgl. § 784. Die Bemerkungen Nr. 1, 2 zu § 784 finden hierher entsprechende Anwendung. Die Vorschrift des § 795 ist von Amtswegen zu beachten.

Fünfter Abschnitt.

Arrest und einstweilige Verfügungen.

1. Litteratur: A. Gaill de manuum iniect. s. arrestis (1586), D. Mevius de arrestis (1646), Bayer summ. Prozesse §§ 19—39, Strey d. Lehre von den Arresten und dem Arrestverfahren nach preuß. Rechte (1859), Wach der Arrestproz. in gesch. Entw. I der ital. Arrestprozeß (1868), J. Merkel über Arrest und einstweilige Verfügungen (1880), Dorendorf Arrest und einstw. Verf. 2. Aufl. (1884), W. Peters Arrest und einstw. Verf. nach preuß. Recht (1884), J. Werner das Recht des Arrestes im CPr. unter Berücksichtigung des bay. Immobiliararrestes (1884).

2. Die Motive bemerken: „Das Gesetz unterscheidet Arrest und einstweilige Verfügungen: Der Arrest dient zur Sicherung von Werten, zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 796); die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung (§ 814) oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis (§ 819). Die Unterscheidung schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buchs im wesentlichen an und findet in dieser und in der Verschiedenheit der durch die Sicherung verfolgten Zwecke ihre Rechtfertigung (vgl. nordd. Entw. §§ 692, 729, 740, nordd. Prot. III S. 1214, 1240, 1242)."

Gegen die Unterscheidung erklärte sich Wach Kr. VJSchr. XV S. 372 ff.; diese ward gegen W. in Schutz genommen von Merkel a. a. O. S. 20 ff.

Arrest zur Sicherung der Einleitung oder der Fortsetzung des Prozeßverfahrens (RG. v. 29. Mai 1868, BGBl. S. 237, § 2) ist nach der CPrO. nicht mehr zulässig. Der gemeinrechtliche Gerichtsstand des Arrestes ist durch den Gerichtsstand des Vermögens (§ 24) ersetzt.

Wegen vorbehaltener Landesgesetze über einstweilige Verfügungen s. EG. § 16 Nr. 4.

3. Wegen der Vollmacht vgl. § 78. Bezüglich des Vollmachtsnachweises gelten die allgemeinen Regeln (§ 84).

4. Arrestsachen sowie die eine einstweilige Verfügung betreffenden Sachen sind Feriensachen (GVG. § 202 Nr. 2).

5. Wegen Arrestes und einstweiliger Verfügungen im Verfahren vor den Gewerbegerichten s. RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 56 Abs. 4.

Digitized by Google

§ 796.

Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein betagter ist.

Mot. S. 448, 449. KPr. S. 423—425, 588.

1. Der Arrest bezweckt die Sicherung der Zwangsvollstreckung für einen materiellrechtlichen Anspruch. Von einem Arrestanspruche kann man nur sprechen im Sinne eines prozessualischen Rechts, wie von einem Feststellungsanspruche oder von einem Anspruche auf Beweiserhebung zum ewigen Gedächtnisse. Ein materiellrechtlicher, wegen der Gefährdung zu dem Hauptanspruche hinzutretender Kautionsanspruch [wie ihn Wach Arrestprozeß S. 95 ff., vgl. Kr. VJSchr. XV S. 374 f. konstruiert] ist nicht vorhanden. [Vgl. Merkel S. 25 ff., Hellmann Lehrb. S. 948.]

2. „Wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs ꝛc." — also wegen jedes vermögensrechtlichen Anspruchs. Über diesen Begriff s. Bem. Nr. 2 zu § 21. Auch wegen des Anspruchs, dessen Vollstreckung nach §§ 774, 775 erfolgt, ist ein Arrest möglich, wenn es ein vermögensrechtlicher Anspruch ist.

3. Daß der Anspruch befristet ist, kann bei Beurteilung der Frage, ob die Zwangsvollstreckung gefährdet sei (§ 797), berücksichtigt werden. Die Gefährdung des befristeten Anspruchs wird weniger leicht als die des unbefristeten angenommen werden, weil jede Befristung es mitbringt, daß der Gläubiger ein gewisses Maß der Gefahr tragen muß [zustimmend Merkel S. 32]; aber ausgeschlossen ist der Arrest nicht. — Zu den befristeten Ansprüchen gehören auch Ansprüche auf Zahlung oder Leistung nach Kündigung [vgl. RG. Entsch. IX Nr. 61 S. 231].

4. Über bedingte Ansprüche bemerken die Motive: „Mit dem PrO. v. Württ. Art. 821, Oldenb. Art. 305, sowie mit dem preuß. Entw. § 800, hann. Entw. § 519 und nordd. Entw. § 692 ganz allgemein bedingte Ansprüche den unbedingten gleichzustellen, mußte bedenklich erscheinen, so lange die Wirkungen eines suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts für alle deutschen Rechtsgebiete nicht gemeinsam geregelt sind. Andererseits fehlte es an jedem Anlasse, den Arrest bei bedingten Ansprüchen gänzlich auszuschließen. Denn soweit nach den Vorschriften des materiellen Rechts pendente conditione Sicherheit für den Fall der Realisierung der durch den bedingten Anspruch eröffneten Aussicht verlangt werden kann (vgl. für das gemeine Recht Windscheid Pand. I § 89 Nr. 12, 13, 13a; Brinz Pand. 1. Aufl. Abt. II S. 1478, 1479) — oder mit der Begründung des bedingten Anspruchs zugleich ein Anspruch auf Erhaltung desselben für den Fall des Eintritts der Bedingung entstanden ist (vgl. preuß. ALG. I 14 § 5), muß zur Sicherung des Kautionsanspruchs oder des Anspruchs auf Erhaltung des bedingten Rechts der Arrest zugelassen werden; diese Ansprüche stehen einem unbedingten Anspruche gleich."

Zu Gunsten aufschiebend bedingter Ansprüche ist also der Arrest zulässig, wenn vor Eintritt der Bedingung ein materiellrechtlicher Anspruch, wenn auch nur auf Sicherheitsleistung, besteht. Vgl. Entw. e. BGB. I § 133 Abs. 1; in zweiter Lesung wurde dieser Paragraph gestrichen und eine Änderung des § 796 Abs. 2 der CPrO. vorgeschlagen, wodurch die Zulässigkeit des Arrests bei bedingten Ansprüchen ausgesprochen wird, „es sei denn, daß der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat." Daß Arrest zu Gunsten auflösend bedingter Ansprüche möglich ist, folgt aus der Natur der auflösenden Bedingung.

Digitized by Google

5. Über Anordnung von Arrest gegen ausländische Staaten s. Droop Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 289 ff.

§ 797.

Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urteil im Auslande vollstreckt werden müßte.

Mot. S. 449. KPr. S. 425. 583.

1. Außer dem nach § 796 qualifizierten Anspruche muß ein Arrestgrund vorhanden sein. Arrestgrund ist bei dem dinglichen und dem persönlichen Arrest die Gefahr, daß ohne den Arrest die zur Zeit noch mögliche Vollstreckung des Urteils in das Vermögen des Schuldners vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Der Unterschied in der Fassung des § 797 und des § 798 bringt bloß zum Ausdruck, daß der persönliche Arrest nur zur Anwendung kommen soll, wenn die Zwangsvollstreckung durch einen dinglichen Arrest nicht gesichert werden kann (Mot. S. 450). Reicht der dingliche Arrest nicht zur vollständigen Sicherung, so kann gleichzeitig persönlicher Arrest verhängt werden. Successiver Wechsel zwischen beiden Arresten ist möglich; auch nach dem persönlichen Arreste kann dinglicher Arrest verhängt werden [vgl. Merkel S. 44 f.]. Aber zweimaliger dinglicher Arrest zu Gunsten desselben Anspruchs auf denselben Gegenstand ist nicht zulässig [RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 359].

2. Ob die in Bem. N. 1 bezeichnete Gefahr begründet sei, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. Das Gesetz führt die gefährdenden Thatbestände nicht einzeln an; daran aber muß festgehalten werden, daß der Arrest nicht dazu dienen soll, die Lage des Gläubigers gegenüber dem Vermögen des Schuldners zu verbessern, sondern nur dazu, eine Verschlechterung zu verhindern [vgl. Merkel S. 45 f.]. Deswegen ist schlechte Vermögenslage des Schuldners und drohende Konkurrenz anderer Gläubiger *an sich* noch kein genügender Arrestgrund. [Vgl. Puchelt Ztschr. f. d. CPr. III S. 1 ff., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 526 ff., RG. 25. Febr. 1881 Entsch. III Nr. 119 S. 416, dazu Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 120 f., OLG. München Ztschr. f. d. CPr. III S. 162, OLG. Dresden eod. VI S. 528, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 83, OLG. Celle SA. XL Nr. 80.] Ist der Anspruch durch Pfandrecht, Bürgschaft ꝛc. bereits genügend gesichert, so ist kein Arrest anzuordnen: es fehlt an dem Arrestgrunde [vgl. Merkel S. 37].

3. Der Umstand, daß das Urteil im Auslande, wozu hier auch die Schutzgebiete zu rechnen sind [vgl. Ztschr. f. d. CPr. XVI S. 207], vollstreckt werden müßte, *muß* als genügender Arrestgrund angenommen werden. Diese Beschränkung des richterlichen Ermessens rechtfertigen die Motive damit, daß außerdem die Gefahr verschiedenartiger Beurteilung gerade dieses Falls bestehe, weil er in dem früheren Prozeßrechte verschieden geregelt gewesen sei (Mot. S. 449). Zum Thatbestande dieses gesetzlichen Arrestgrundes gehört, daß zur Zeit noch Vermögen des Schuldners im Inlande vorhanden und daß zu befürchten ist, es werde in dem Zeitpunkte, wo die Vollstreckung des erlassenen, aber noch nicht vollstreckbaren oder des zu erlassenden Urteils möglich sein wird, im *Inlande* kein oder kein ausreichendes Vermögen des Schuldners mehr greifbar sein. Die Ausländereigenschaft des Schuldners gehört nicht zu diesem Thatbestande; andererseits ist nicht schon wegen der Ausländereigenschaft des Schuldners der Arrestgrund des § 797 Abs. 2 vorhanden, während sich allerdings aus dieser Eigenschaft in Verbindung mit anderen die Vollstreckung gefährdenden Momenten eine zum Arreste genügende Gefährdung (§ 797 Abs. 1) ergeben

Digitized by Google

kann. Bei dem gesetzlichen Arrestgrunde des § 797 Abs. 2 ist auch gleichgültig, ob der Gläubiger In- oder Ausländer ist; es kann also auch der Ausländer gegen den seinem eigenen Heimatsstaate angehörigen Schuldner diesen Arrestgrund geltend machen [vgl. Merkel S. 53, OLG. Braunschweig SA. XLV Nr. 63].

Die Bemerkung der Motive (S. 449): es sei „gleichgültig, ob im Auslande Rechtshülfe gewährt werde oder nicht, es wäre denn, daß die Gewährung der Rechtshülfe durch Staatsverträge verbürgt werde", ist in ihrem letzten Teile nicht richtig. Staatsverträge, die die Vollstreckung inländischer Urteile im Auslande verbürgen, schließen nicht aus, daß Arrest auf Grund des § 792 Abs. 2 verhängt werde (vgl. a. KPr. S. 423). Staatsverträge des Reichs würden bestimmen können, daß dieser Arrestgrund gegenüber bestimmten Staaten nicht Platz greife; zur Zeit besteht aber kein derartiger Vertrag. Durch den Vertrag eines Bundesstaates kann der Arrestgrund des § 797 Abs. 2 nicht beseitigt werden. Vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 660.

4. Das Recht auf die Beschlagnahme der verbodmeten Gegenstände nach HGB. Art. 692 Abs. 1 bleibt unberührt.

5. § 12 der preuß. AGO. I 29 ist durch § 797 der CPrO. aufgehoben [RG. 26. Jan. 1890 Entsch. XXVI Nr. 85 S. 401 ff., 23. April 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 947].

§ 798.

Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.

Mot. S. 449, 450. KPr. S. 425—427, 583.

1. Aus den Motiven: „Während der § 1 des RG. v. 29. Mai 1868 den Personalarrest als Exekutionsmittel beseitigt, trifft des § 2 über den Personalarrest als Sicherungsarrest folgende Bestimmung:

> „die gesetzlichen Vorschriften, welche den Personalarrest gestatten, um die Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens oder die gefährdete Exekution in das Vermögen des Schuldners zu sichern (Sicherungsarrest), bleiben unberührt."

Die erste Alternative kommt nicht weiter in Betracht; wie bereits zu § 796 hervorgehoben worden, ist die Sicherung der Einleitung und Fortsetzung des Prozeßverfahrens ganz allgemein als Motiv des Arrestes aufgegeben. Was dagegen die zweite Alternative anlangt, so hat sich der Entwurf derselben angeschlossen, wenngleich er sie nicht ihrem vollen Umfange nach übernommen hat. Sie setzt voraus: 1) daß der Schuldner solche Vermögensobjekte besitzt, in welche die Exekution vollstreckt werden kann oder wird vollstreckt werden können; 2) daß Umstände obwalten, welche die Vollstreckung oder den Erfolg der Exekution in diese Vermögensobjekte verhindern oder die Verhinderung besorgen lassen und 3) daß diese Hindernisse durch Inhaftnahme des Schuldners beseitigt werden können (vgl. Entsch. d. ROHG. V S. 351, VI S. 7, 8, X S. 134 ff.) und gestattet insbesondere, wie die Vorberatungen des Reichsgesetzes außer Zweifel stellen, den Personalarrest auch zu dem Zwecke, um den Schuldner zu nötigen, im Auslande befindliche Deckungsmittel herbeizuschaffen (vgl. Erk. des OAG. zu Lübeck v. 30. Dez. 1868 in Kierulff Samml. IV S. 866—873, SA. XXIV Nr. 291). In dieser Ausdehnung hat der nordd. Entw. § 694 die Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes in Vorschlag gebracht (vgl. nordd. Prot. III S. 1110, 1111, IV S. 2106, 2107). Der Entwurf glaubte nicht soweit gehen zu dürfen. Die Haft, welche den Schuldner zwingen soll, sein Vermögen zu manifestieren, ist zweifellos eine Maßregel, zu deren Sicherung der persönliche Arrest geboten erscheint. Dasselbe gilt, wenn es sich darum handelt, den Schuldner zu hindern, sein im Inlande befindliches Vermögen in das Ausland zu schaffen; in diesem Falle ist die Haft eine zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen erforderliche Maßregel — eine Sicherungsmaßregel, welche in gleicher Weise in anderen Fällen einer drohenden Verbringung des nicht sofort durch

Digitized by Google

die Zwangsvollstreckung zu ergreifenden Vermögens zulässig sein kann. Anders verhält es sich mit der Haft, welche bestimmt ist, den Schuldner zur Herbeischaffung und Bereitstellung der im Auslande befindlichen Deckungsmittel zu nötigen. In dieser Anwendung unterscheidet sich die Haft rechtlich nicht von dem Schuldarrest in seiner Funktion als Exekutionsmittel zur Erzwingung einer Zahlung, so daß die bei Beratung des RG. v. 29. Mai 1868 geäußerte Besorgnis, es werde dadurch indirekt die beseitigte Schuldhaft wieder eingeführt werden, nicht ungerechtfertigt erscheint. Das Gesetz will durch die Fassung zum Ausdrucke bringen, daß der persönliche Sicherheitsarrest — von dem Falle der Erzwingung der Manifestation abgesehen — nur zulässig ist, wenn die Gefahr besteht, daß der Schuldner seine persönliche Freiheit zur Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung benutzen werde. Damit ist die weitere Verwendung des Personalarrestes zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung auswärts befindlicher Deckungsmittel zu bestimmen, ausgeschlossen und konstatiert, daß das Gesetz gegenüber der Bestimmung des RG. v. 29. Mai 1868 § 2 das Gebiet der Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes hat verengern wollen. Im übrigen stimmen die Voraussetzungen der CPrO. mit denjenigen des Reichsgesetzes überein."

Die nach diesen Ausführungen beabsichtigte Verengerung der Zulässigkeit des Personalarrestes ist im Gesetzestexte nicht zum Ausdrucke gelangt; denn dieser lautet im wesentlichen gleich dem cit. Bundes- (jetzt Reichs)gesetze. Gleichwohl ist der Personalarrest zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung ausländischen Vermögens zu nötigen, als unzulässig zu erachten. Daß nach dem Ges. v. 1868 der Personalarrest zu dem bezeichneten Zwecke zulässig war, ist durchaus nicht zweifellos. In den Vorberatungen wurde dies allerdings von der Majorität der Kommission, jedoch nicht ohne Widerspruch, angenommen (St. B. d. RT. v. 1868 II S. 296). Auf Grund der Majoritätsansicht hat das oben erwähnte Lübecker Urteil sich für die Zulässigkeit entschieden. Es mag unerörtert bleiben, ob diese Entscheidung richtig war. Jedenfalls ist die Frage jetzt nicht mehr so zu stellen, ob durch das Reichsgesetz die Nötigung des Schuldners durch Haft zur Herbeischaffung von Vermögen, wenn solche landesgesetzlich zulässig wäre, *ausgeschlossen* sei, sondern ob die CPrO. die Haft zu diesem Zwecke *gestatte*. Man kann zweifeln, ob das Landesrecht durch jenes Gesetz aufgehoben war; aber man kann nicht jetzt nach Beseitigung des Landesrechts aus demselben Texte die Zulässigkeit der Haft zu jenem Zwecke erweisen. Der Ausdruck „*sichern*" deutet auf Erhalten einer bestehenden, nicht auf Verschaffen einer nicht gegebenen Vollstreckungsmöglichkeit. Der Arrest soll die Gefahren beseitigen, die dem Gläubiger daraus erwachsen, daß er zur Zeit noch kein vollstreckbares Urteil hat; er soll aber nicht einen bereits eingetretenen Nachteil rückgängig machen oder einen dem Gläubiger nachteiligen Zustand verbessern. Ist zur Zeit des Arrestes eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen nicht zu erwirken oder wesentlich erschwert, so giebt es nur ein Hindernis, das beseitigt werden kann, d. i. die Unkenntnis des Gläubigers über das Vermögen des Schuldners, diese ist durch den Zwang zur Manifestation zu beseitigen. Vgl. Mot. zu Entw. I S. 488.

2. Die Entwürfe sagten „des *zahlungsfähigen* Schuldners". Aus dem Abstriche folgt nicht, daß der Personalarrest gegen den zahlungsunfähigen Schuldner statthaft sei, sondern nur, daß eine Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit nicht erforderlich ist. Immerhin folgt aus der in Bem. Nr. 1 vertretenen Ansicht, daß der Gläubiger, der den Personalarrest nachsucht, das Vorhandensein von Vermögen im Inlande glaubhaft zu machen hat. [Vgl. dazu ROHG. Entsch. XIII S. 157 f.]

§ 799.

Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache

Digitized by Google

als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet.

Mot. S. 450, 451. KPr. S. 427, 583.

„Gericht der Hauptsache" — s. § 821. An welchem Orte sich das mit Arrest zu belegende Vermögensstück befindet, bemißt sich nach den in Bem. Nr. 3 zu § 24 entwickelten Regeln. Der betreffende Gegenstand, beim Personalarreste die Person, muß sich zur Zeit der Einreichung des Arrestgesuchs in dem Bezirke befinden. Die spätere Entfernung aus dem Bezirke beeinträchtigt die Zuständigkeit nicht (arg. § 235 Nr. 2). — Zwischen dem Gerichte der Hauptsache und dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der Gegenstand oder die Person sich befindet, ebenso zwischen mehreren Gerichten der Hauptsache (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 821) hat der Gläubiger die Wahl. Hat er aber durch die Einreichung des Arrestgesuchs den Arrestprozeß anhängig gemacht, so kann der Gegner nach Analogie des § 235 Nr. 1 die Abweisung jedes weiteren denselben Gegenstand betreffenden Arrestgesuchs durchsetzen, solange der frühere Arrestprozeß nicht erledigt ist [RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 359]. Darüber, daß das Arrestgesuch die Rechtshängigkeit der Hauptsache nicht begründet und auch nicht unter mehreren Gerichten die Zuständigkeit für die Hauptsache entscheidet, s. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu § 821. Im Verhältnisse zu anderen Gerichten ist die Zuständigkeit der in § 799 bezeichneten Gerichte ausschließlich (§ 707). — Über die Zuständigkeit des Vorsitzenden s. § 822.

§ 800.

Das Gesuch soll die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrags oder des Geldwerts sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten.

Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen.

Das Gesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Mot. S. 451, 452. KPr. S. 427, 583.

1. Das Gesuch ist entweder schriftlich einzureichen oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll zu erklären. In der mündlichen Verhandlung kann das Arrestgesuch nicht gestellt werden. Wenn gleichzeitig mit dem Arrestgesuche die Klage in der Hauptsache zur Terminsbestimmung eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht wird, kann das Gesuch nicht mit der Klageschrift oder dem Klageprotokoll verbunden werden; vgl. Bem. Nr. 2 zu § 232. Wegen mehrerer Ansprüche des Gesuchstellers gegen denselben Schuldner kann der Arrest bei demselben Gericht in einem Schriftstücke nachgesucht werden (arg. § 232). Unter den Voraussetzungen der §§ 56, 57 können mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich den Arrest nachsuchen, oder es kann gegen mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich Arrest nachgesucht werden. — Für das Arrestgesuch besteht, auch wenn es bei einem Land- oder höheren Gerichte eingereicht wird, kein Anwaltszwang (arg. § 74 Abs. 2).

2. Das Gesuch soll enthalten die Bezeichnung und die Glaubhaftmachung des Anspruchs, zu dessen Sicherung der Arrest verlangt wird, ferner die Bezeichnung und die Glaubhaftmachung des Arrestgrundes (§§ 797, 798). Diese Vorschriften sind insofern instruktionell, als ein Mangel des Gesuchs, insbesondere auch die Glaubhaftmachung, in der etwaigen mündlichen Verhandlung ergänzt werden kann [vgl. RG. 23. Sept. 1881 Entsch. V Nr. 98 S. 365]. Es ist auch möglich, daß sich durch die Erklärung des Schuldners das Bedürfnis der Glaubhaftmachung erledigt. Nach § 801 Abs. 2 kann die Glaubhaftmachung

Digitized by Google

durch Sicherheitsleistung ersetzt werden. Auch wenn der Gesuchsteller sich nicht zur Sicherheitsleistung erbot, hat das Gericht zu prüfen, ob nicht dem Gesuche gegen Sicherheitsleistung stattzugeben ist [RG. 23. Mai 1884 Entsch. XII Nr. 103 S. 367, 22. Jan. 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1211]. Immerhin riskiert der Gläubiger, daß ein Gesuch, worin die Glaubhaftmachung nicht enthalten ist, sofort abgewiesen wird; denn die Anordnung einer mündlichen Verhandlung hängt ebenso wie die Zulassung der Sicherheitsleistung von dem freien Ermessen des Gerichts ab. Ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind, hat das Revisionsgericht nicht nachzuprüfen, sofern nicht bei der Feststellung der Thatsachen Rechtsnormen verletzt sind [RG. 11. Mai 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1180].

§ 801.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind.

§ 802.

Die Entscheidung über das Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurteil, anderenfalls durch Beschluß.

Den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, hat die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, zustellen zu lassen.

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Gegner nicht mitzuteilen.

Mot. S. 452. KPr. S. 428, 583.

1. Verfahren. Das Verfahren ist verschieden, je nachdem das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheidet oder mündliche Verhandlung anordnet. Die Wahl dazwischen steht dem Gerichte zu; der Gläubiger kann seine Wünsche äußern, aber diese sind für das Gericht nicht maßgebend. Der Gläubiger kann den Schuldner nicht zur mündlichen Verhandlung laden, ehe das Gericht eine solche Verhandlung anordnete; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 1 litt. c zu § 193 S. 257 f.

I. Für das Verfahren ohne mündliche Verhandlung gelten die in Bem. Nr. 6 Abs. 2 zu § 119 (S. 175) entwickelten Sätze. Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob es zuständig ist, ob der Vollmachtspunkt geordnet ist (§ 84 Abs. 1), ob das Arrestgesuch den Erfordernissen des § 800 genügt und ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind. Wegen der Möglichkeit, von diesem Erfordernisse abzusehen, s. Bem. Nr. 3.

Der Beschluß, wodurch ein Arrest angeordnet wird, ist von dem Gläubiger, nicht von Amtswegen, dem Schuldner zuzustellen (Abs. 2). Wenn die Zustellung an den Gläubiger nicht in § 809 Abs. 2 indirekt geboten wäre, so würde daraus, daß die Zustellung an den Schuldner dem Parteibetriebe überlassen ist, ebenso, wie in den Fällen der §§ 633 und 730 (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 633, Bem. Nr. 2 litt. b zu § 730), zu folgern sein, daß der Arrestbeschluß dem Gläubiger überhaupt nicht zuzustellen, sondern formlos auszuhändigen wäre. Aus Abs. 2 des § 809 ergiebt sich aber, daß der Arrestbeschluß dem Gläu-

Digitized by Google

biger von Amtswegen zuzustellen ist, weil die Zustellung zur Eröffnung der dort bezeichneten Frist nötig ist. [Vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 418 ff. AM. Voß Arch. f. c. Pr. LXX S. 130.] Die Gültigkeit der Vollstreckungsmaßregeln — z. B. die Wirksamkeit einer Pfändung — ist aber nicht durch die ordnungsmäßige Zustellung des Beschlusses an den Gläubiger bedingt; dazu genügt die formlose Aushändigung an ihn [vgl. RG. 8. März 1884 Entsch. XI Nr. 106 S. 403, 5. Juli 1884 SA. XL Nr. 82]. — Zur Zustellung an den Gegner kann der Gesuchsteller im amtsgerichtlichen Verfahren die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen; aber der § 154 ist hier sowenig anwendbar, wie auf die Zustellung amtsgerichtlicher Urteile (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 154). — Gegen den Beschluß steht dem Schuldner keine Beschwerde zu, auch nicht wegen prozessualischen Verstoßes [RG. Entsch. XXX Nr. 132 S. 432]; ebenso wenig gegen den vom Beschwerdegerichte erlassenen Arrestbeschluß [RG. 10. Juni 1887 Bl. f. RA. VIII Erg.Bd. S. 396] oder gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, wodurch das Untergericht zur Anordnung des Arrestes angewiesen wird [RG. 18. Sept. 1885 Entsch. XIV Nr. 110 S. 391]; der Schuldner kann nur Widerspruch erheben (§ 804).

Der Beschluß, wodurch das Arrestgesuch abgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist von Amtswegen dem Gesuchsteller zuzustellen; nicht dem Gegner, denn dies würde die Interessen des Gesuchstellers gefährden. Gegen den Beschluß steht dem Gesuchsteller die unbefristete — nicht die sofortige — Beschwerde zu; denn der § 701 betrifft nur das Vollstreckungsverfahren, wozu die Anordnung des Arrestes nicht gehört. [Vgl. Merkel S. 151, Schmidt Ztschr. f. d. CPr. III S. 12 ff., RG. 13. März 1886 Entsch. XVI Nr. 90 S. 366, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 174, OLG. Kiel SA. XL Nr. 332 und die Komm. bis auf Hellmann und Puchelt.]

II. Ordnet das Gericht eine mündliche Verhandlung an, so ändert sich das Verfahren. Die Verhandlung hat nicht, wie in den übrigen Fällen, in denen sie fakultativ ist (s. Bem. Nr. 6 zu § 119), nur informatorische Bedeutung, sondern es gelten dafür die allgemeinen Regeln über mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte. Dies folgt daraus, daß für diesen Fall die Entscheidung durch Endurteil geboten ist; Endurteil ist nach der Terminologie der CPrO. die Entscheidung nach mündlicher Verhandlung im Sinne des § 119. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den § 804, sofern dieser Paragraph den Widerspruch, der zu einer obligatorischen mündlichen Verhandlung über die Justifikation des Arrestes führt, nur gegen den Beschluß, nicht auch gegen das Endurteil zuläßt; daraus folgt nämlich, daß bei der Anordnung einer mündlichen Verhandlung das nach dem Grundsatze der Mündlichkeit konstruierte Justifikationsverfahren vor die Entscheidung über das Arrestgesuch fällt. [Ebenso die Kommentare sowie Merkel S. 140, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 649 und in der Hauptsache auch Hoffmann eod. XXIV S. 747 f.] Auch das Beschwerdegericht (s. o. ad I) kann eine mündliche Verhandlung anordnen und hat in diesem Falle durch Endurteil zu entscheiden.

Folgesätze: a) Das Gericht hat die Anordnung der mündlichen Verhandlung dem Gläubiger, der vorderhand der allein Beteiligte ist, von Amtswegen zuzustellen. Damit ist keine Terminsbestimmung zu verbinden; es ist Sache des Gläubigers, das Ladungsformale zum Zwecke der Terminsbestimmung einzureichen oder im amtsgerichtlichen Verfahren bei dem Gerichtsschreiber zu Protokoll zu erklären. [Vgl. Struckm. Koch N. 1 zu § 801, Wilm. Levy N. 1 zu § 801, Gaupp II S. 563, Petersen (2) S. 1103, A. Förster N. 3 zu § 801, Fischer Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 469 f. AM., nämlich für Ladung von Amtswegen, Merkel, Hoffmann a. a. O., Hellmann Lehrb. S. 951.] Der Gläubiger hat die Ladung mit dem Arrestgesuche dem Schuldner zuzustellen; ohne die Zustellung des

Digitized by Google

Gesuchs könnte kein Versäumnisurteil gegen den Schuldner erwirkt werden (arg. § 300 Nr. 3). — Bei der Ladung ist die kürzbare Ladungsfrist des § 194 einzuhalten.

b) Findet die Verhandlung vor einem Land- oder Oberlandesgerichte statt, so besteht für das Verfahren Anwaltszwang; schon die Ladung muß auf Betreiben eines bei dem Gerichte zugelassenen Anwalts erfolgen; sie muß die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten (§ 192). — Die instruktionellen Vorschriften über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (§§ 120 bis 126) finden entsprechende Anwendung.

c) Für die mündliche Verhandlung gelten die allgemeinen Regeln. Über Beschränkung der Beweisführung, Unzulässigkeit von Inzidentanträgen und Widerklagen s. u. Bem. Nr. 2 litt. a bis d.

d) Ergeht das Endurteil auf Grund einer mündlichen Verhandlung, zu der beide Parteien erschienen sind, so ist es unter den allgemeinen Voraussetzungen durch die Rechtsmittel der Berufung oder der Revision anfechtbar. Ist das Urteil von einem Landgerichte als dem erstinstanziellen Gerichte der Hauptsache erlassen, so ist es durch Berufung anfechtbar; gegen das Urteil des Oberlandesgerichts findet die Revision statt [vgl. L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. V S. 14, Wilm. Levy N. 1, OLG. Karlsruhe Bad. Ann. L S. 371. AM. Gaupp II S. 565 N. 22]. Ist das Urteil in erster Instanz von einem Landgerichte als dem zweitinstanziellen Gerichte der Hauptsache erlassen, so ist kein Rechtsmittel zulässig. Ist das Urteil in erster Instanz von einem Oberlandesgerichte als dem zweitinstanziellen Gerichte der Hauptsache erlassen, so ist Revision zulässig [RG. 6. Dez. 1881 Entsch. V Nr. 123 S. 430. Zweifelnd v. Krämel Ztschr. f. d. CPr. II S. 398 f.]. Ist das Urteil von einem Landgerichte als dem Beschwerdegerichte erlassen, so ist kein Rechtsmittel zulässig. Dagegen ist die Revision zulässig, wenn das Urteil von einem Oberlandesgerichte als dem Beschwerdegerichte erlassen ist.

e) Ist der Gläubiger in dem Verhandlungstermine nicht erschienen, so ist auf Antrag des Schuldners das Versäumnisurteil auf Abweisung des Arrestgesuchs zu erlassen (arg. § 295). Ist der Schuldner nicht erschienen, so ist auf Antrag des Gläubigers ein Versäumnisurteil nach § 296 zu erlassen; es bedürfen also die von dem Gläubiger dem Schuldner rechtzeitig mitgeteilten und mündlich vorgetragenen Thatsachen nicht des Beweises, folglich keiner Glaubhaftmachung [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 347 f. AM. Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 748]; soweit sie das Arrestgesuch rechtfertigen, ist nach dem Antrage zu erkennen, soweit dies nicht der Fall ist, ist das Gesuch abzuweisen. Gegen das Versäumnisurteil steht dem Kontumazierten der Einspruch zu. Wegen der Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil s. § 474 Abs. 2. Ist weder der Gläubiger noch der Schuldner erschienen, so ruht das Arrestverfahren (arg. § 228).

f) Die Zustellung des Urteils erfolgt auf Betreiben der Parteien (§ 288).

g) Der in einem kontradiktorischen oder Versäumnisurteil enthaltene Arrestbefehl ist sofort vollstreckbar; das Urteil ist nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Im nordd. Entw. § 719 Abs. 1 war dies ausdrücklich bestimmt. Die Bestimmung wurde später weggelassen. In der That ist sie überflüssig; denn der Arrestbefehl ist seinem Inhalte nach eine Anordnung der Vollstreckung, weshalb er auch der Vollstreckungsklausel nicht bedarf. Daß es keine Arrestbefehle giebt, die nicht sofort vollstreckbar wären, folgt auch aus § 809 Abs. 2. Endlich wäre es absurd, wenn die nach mündlicher Verhandlung erlassenen Arrestbefehle nicht sofort vollstreckbar wären, während die ohne mündliche Verhandlung in Beschlußform erlassenen Arrestbefehle trotz der geringeren Garantie für ihre Richtigkeit sofort und trotz Widerspruchs vollstreckbar sind.

2. Der Streitgegenstand des Arrestprozesses. Streitgegenstand ist nicht

Digitized by Google

das materielle Recht, zu dessen Sicherung der Arrest verlangt wird, sondern das prozessuale Recht auf Arrest, der Arrestanspruch im Sinne der Bem. Nr. 1 zu § 796. Im Arrestprozesse wird nur darüber verhandelt und entschieden, ob der Gläubiger ein Recht auf den Arrest habe. Dieses Recht hat der Gläubiger, wenn er den Anspruch und den Arrestgrund glaubhaft machen kann.

Folgesätze und Zusätze: a) Eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft. Hinsichtlich der vom Gläubiger zu behauptenden thatsächlichen Unterlagen des Anspruchs und des Arrestgrundes ergiebt sich diese Beschränkung der Beweisführung direkt aus § 800 Abs. 2 in Verbindung mit § 266 Abs. 2. Aber auch für die Verteidigung des Beklagten gilt dieselbe Beschränkung der Beweisführung. [AM. Merkel S. 140 und S. 155.] Die Abwehr des Arrestgesuchs läuft entweder auf die Bestreitung des vom Gläubiger behaupteten Anspruchs oder auf Bestreitung des Arrestgrundes hinaus. Die thatsächlichen Behauptungen des Klägers können bestritten oder es können ihnen neue Behauptungen entgegengestellt werden, aus denen das Nichtbestehen des Anspruchs oder des Arrestgrundes sich ergeben soll. Beide Arten von Verteidigung sind gegenüber der vom Gläubiger gelieferten Glaubhaftmachung nur von Bedeutung, wenn der Schuldner durch Beweise, deren Aufnahme sofort erfolgen kann, die von dem Gläubiger behaupteten Thatsachen widerlegen oder seine eigenen Behauptungen beweisen kann; denn das Angebot eines nicht sofort erhebbaren Beweises ändert nichts daran, daß der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind. [Vgl. Peters Beitr. z. E. d. DR. XXV S. 605, Hergenhahn Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 347 ff., Meyer Arch. f. c. Pr. LXXXI S. 281 ff., RG. 2. Nov. 1888 SA. XLV Nr. 64, bay. ob. LG. SA. XLI Nr. 321.] Andererseits genügt die Glaubhaftmachung einer Einwendung gegen den Anspruch des Klägers, um die Glaubhaftigkeit dieses Anspruchs zu zerstören [RG. 22. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 115 S. 427, Meyer a. a. O. S. 284 ff. gegen Hergenhahn a. a. O. S. 360 ff.]. Glaubhaft gemachte Einwendungen sind, auch wenn sie erst nach Beginn des Arrestprozesses entstanden, zu berücksichtigen [RG. Entsch. XXVII S. 426].

b) Obgleich hiernach jede sich gegen den materiellrechtlichen Anspruch des Gläubigers richtende Verteidigung unter der Voraussetzung, daß sie nach den Regeln des § 266 glaubhaft gemacht werden kann, im Arrestprozesse zuzulassen ist, so beschränkt sich doch deren Beurteilung stets auf den Gesichtswinkel des Arrestgesuchs. Das Gericht kann also im Arrestprozesse niemals das materielle Recht des Gläubigers aberkennen, sondern auch bei der dem Gläubiger ungünstigsten Prozeßlage immer nur die Abweisung des Arrestgesuches aussprechen.

c) Im Arrestprozesse kann weder der Gläubiger noch der Schuldner eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Rechtsverhältnisses, auf das der Gläubiger seinen Anspruch stützt, herbeiführen; Inzidentanträge nach § 253 sind unzulässig. Abgesehen davon, daß die Entscheidung des Arrestprozesses nicht von dem Bestehen oder Nichtbestehen des materiellen Rechts, sondern von der Glaubhaftmachung des Anspruchs und des Arrestgrundes abhängt, ist der bloß auf ein provisorisches Ergebnis angelegte Arrestprozeß mit seiner Beschränkung auf die sofort aufzunehmenden Beweise nicht geeignet, zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von materiellen Rechten zu führen. [Vgl. Mot. S. 453, Merkel S. 141. — Löning Ztschr. f. d. CPr. IV S. 124 Nr. 157 weicht teilweise ab.]

d) Widerklage kann im Arrestprozesse nicht erhoben werden (Mot. S. 453); vgl. Bem. Nr. 3 litt. d zu § 33 (S. 45).

e) Auch wenn die Hauptsache (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 806) bei demselben Gerichte

Digitized by Google

anhängig ist, ist eine Verbindung der Prozesse zum Zwecke der gemeinschaftlichen Verhandlung und Entscheidung im Sinne des § 138 wegen der Verschiedenheit der Prozeßart nicht möglich; die Termine können natürlich verbunden werden.

f) Die in dem Arrestprozesse ergehende Entscheidung begründet in Bezug auf die Hauptsache keine Einrede der abgeurteilten Sache. Durch jene Entscheidung steht nur fest, daß rebus sic stantibus das Arrestbegehren nicht begründet ist [vgl. RG. 24. Okt. 1882 Entsch. VIII Nr. 103 S. 300]. Wird unter anderen Umständen oder mit besserer Glaubhaftmachung ein neues Arrestgesuch gestellt, so steht auch diesem nicht die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen. [Vgl. RG. 28. Juni 1894 Entsch. XXXIII Nr. 113 S. 415.]

3. Zu Abs. 2 des § 801: Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 800. Das Gericht kann gegen Sicherheitsleistung den Arrest anordnen, wenn weder der Anspruch noch der Arrestgrund glaubhaft gemacht ist [vgl. RG. 4. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 111 S. 415 ff.]. Aber die Kaution kann nur die Glaubhaftmachung ersetzen; wenn trotz der Glaubhaftmachung der Arrest versagt werden müßte, z. B. wenn die behaupteten Thatsachen keine Gefährdung ergeben, dann kann auch gegen Sicherheit kein Arrest angeordnet werden [vgl. RG. 11. Juli 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 454 ff.]. Andererseits kann der Richter selbst bei Bescheinigung des Anspruchs und des Arrestgrundes eine Sicherheitsleistung fordern. Diese Befugnis dient dazu, den Gefahren übertriebener Ängstlichkeit vorzubeugen und in bedenklichen Fällen, in denen der Arrest einen unverhältnismäßigen Schaden zu stiften droht, dem Gegner Schutz zu gewähren. Die Höhe und die Art der Sicherheit steht im freien Ermessen des Gerichts (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 101). Die Sicherheitsleistung ist Bedingung der Arrestanordnung, nicht des Arrestvollzugs. Die Entscheidung, die die Arrestanordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig macht, ist in den Fällen, wo keine mündliche Verhandlung stattfand, Beschluß, sonst Urteil. Der Arrestbefehl ist erst zu erlassen, wenn die Sicherheit geleistet ist; das Gesetz kennt keinen bedingten Arrestbefehl. [So auch Wilm. Levy N. 2 zu § 801, A. Förster N. 4 zu § 801, Hellmann Lehrb. S. 953, Krech Fischer Komm. z. preuß. Subh.Ordn. (3) S. 72, Knorr Komm. zu bemf. Ges. S. 45 N. 2, Friedmann Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 682, RG. 23. Mai 1884 Entsch. XII Nr. 103 S. 367; vgl. a. Entsch. VII S. 382. AM. Struckm. Koch N. 2 zu § 801, Gaupp II S. 560, Petersen (2) S. 1103, Merkel S. 115, Dorendorf S. 14, 165, Peters S. 30 f., OLG. Dresden SA. XLIV Nr. 152.] Gegen die Entscheidung, die die Anordnung des Arrestes von einer Sicherheit abhängig macht, steht, wenn sie Beschluß ist, nur dem Gesuchsteller Beschwerde zu; der Gegner hat erst gegen die Arrestanordnung den Widerspruch; ist die Entscheidung Urteil, so steht beiden Parteien die Berufung oder die Revision zu.

Die geleistete Sicherheit dient als Deckung für den etwaigen Anspruch des Arrestbeklagten auf Ersatz des Schadens, der ihm durch eine sich als ungerechtfertigt herausstellende Arrestanlegung zugefügt ist. Wird der Gläubiger zur Erstattung der Kosten des Verfahrens an den Schuldner verurteilt, so haftet die Sicherheit jedenfalls für diese Kosten. Ob abgesehen von einem Versprechen der Schadloshaltung ein Entschädigungsanspruch begründet ist, ist in der CPrO. nicht entschieden; dies ist vielmehr nach dem am Orte des Arrestvollzugs geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß nach dem gemeinen wie nach dem preuß. Rechte ein Entschädigungsanspruch nur begründet sei, wenn dem Arrestkläger ein Verschulden zur Last falle. [Vgl. Bayer summ. Proz. § 29, Wilm. Levy N. 2 zu § 801, Gaupp II S. 561, Dernburg pr. PrR. II § 295, Kahane Ztschr. f. Pr. u. d. R. XIX S. 99 ff., Wolff Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 115 ff., 302 ff., OAG. Rostock in Buchka u. Budde Entsch. II S. 223 ff., pr. OTr. Entsch. XI S. 11 ff., ROHG. Entsch. XXI S. 70, RG. 11. Nov. 1880 Beitr. z. E. d. DR. XXV

Digitized by Google

S. 953, 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 378, 13. Febr. 1886 XVI Nr. 73 S. 328, OAG. Celle SA. XXXVIII Nr. 290; vgl. a. RG. 14. Nov. 1883 Entsch. XI Nr. 111 S. 417, 17. Okt. 1890 XXVI Nr. 38 S. 204 ff., bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 94, Mot. z. E. I e. BGB. II S. 757. AM. mit guten Gründen Briegleb Einl. in die Theorie der summ. Proz. S. 364 ff. und die dort Citierten, Wach ital. Arrestprozeß S. 126, Planck Lehrb. I S. 372 N. 37, Eccius Förster pr. PrR. I § 90 N. 14, Merkel S. 189, Henrici Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 161 ff., Bolze Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 281 ff., Pfizer eod. S. 304 ff. Vgl. a. RG. Entsch. VIII Nr. 4 S. 18 u. Entw. II e. BGB. Anm. zu § 763.] Auch wenn man annimmt, daß der Arrestkläger dem Gegner nicht schlechthin für Ersatz des Schadens haftet, fragt es sich, ob nicht durch die Leistung einer Sicherheit die Verpflichtung übernommen wird, dem Arrestbeklagten unabhängig von einem subjektiven Unrecht (Verschulden) Schadensersatz zu leisten, wenn der Arrest sich als objektiv unrechtmäßig herausstellt. Diese Frage dürfte mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwickelung der Kaution zu bejahen sein. Wofür soll denn die Sicherheit sonst haften? [Vgl. Planck I S. 372 N. 37. AM. RG. 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 380 ff. und für das frühere Recht OAG. Rostock in Buchka u. Budde Entsch. II S. 227 ff.] Etwaige Entschädigungsansprüche sind in gesondertem Prozesse geltend zu machen; die Sicherheit kann nur im Wege der Zwangsvollstreckung vom Schuldner eingezogen werden.

Ein besonderes Verfahren, um die Freigabe der Sicherheit zu erwirken, ist in der CPrO. nicht vorgesehen. Der Schuldner ist verpflichtet, die Sicherheit freizugeben, wenn er keine Ansprüche auf Kosten- oder Schadensersatz gegen den Gläubiger hat. Verweigert der Schuldner die Freigabe, so kann ihn der Gläubiger darauf verklagen; es ist Sache des Schuldners nachzuweisen, daß er gegen den Gläubiger einen Anspruch hat, wofür die Sicherheit haftet [RG. 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 375]. Ist die Sicherheit durch Hinterlegung bei einer Behörde bestellt, so darf diese die Sicherheit an die eine oder die andere Partei nur mit Einwilligung des Gegners herausgeben. Die Einwilligung des Gegners kann durch die rechtskräftige Verurteilung zur Freigabe ersetzt werden (§ 779); aber weder die Aufhebung des Arrestes noch die rechtskräftige Verurteilung des Beklagten in der Hauptsache genügt, um von der Hinterlegungsstelle die Auslieferung verlangen zu können. [Vgl. RG. 17. Mai 1884 Entsch. XI Nr. 73 S. 321, 25. April 1884 XI Nr. 115 S. 430, 29. Okt. 1884 XV Nr. 126 S. 430. Abweichend hat nach Wallmanns D. Jur. Zeitung III S. 343 der preuß. Finanzminister in einem besonderen Falle die Verurteilung in der Hauptsache für genügend erklärt.] Ob für den Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle auf Herausgabe der Sicherheit der Rechtsweg zulässig ist, bestimmt das Landesgesetz. Der preuß. Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte hat am 10. Juni 1882 und am 15. Okt. 1884 die Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen (Min.Bl. f. innere Verw. 1882 S. 242, 1884 S. 248). Dagegen Wilm. Levy N. 3 a. E., Eccius Förster pr. PrR. II § 139 N. 95, Seligsohn Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 331.

4. Inhalt des Arrestbefehls. Der Arrestbefehl muß die Parteien, den Anspruch zu dessen Sicherung Arrest gestattet wird, nach Grund und Betrag — und zwar den Betrag nach Hauptsache, Nebensache und Prozeßkostenaversum, wenn solches verlangt wird — sowie das Arrestobjekt bezeichnen. Daß beim dinglichen Arrest das Arrestobjekt, z. B. das im Bezirke befindliche Mobiliar, die zu pfändende Forderung, die in dem Bezirke belegenen Immobilien, bezeichnet werden muß, wenn der Arrest von einem anderen Gerichte als dem Gerichte der Hauptsache verfügt wird, folgt aus der Kompetenzbeschränkung auf die im Gerichtsbezirke befindlichen Objekte. Nur vom Gerichte der Hauptsache kann dinglicher Arrest ohne Bezeichnung des Objekts verhängt werden. Ist zum Vollzuge die Mit-

Digitized by Google

wirkung des Gerichts nötig, z. B. zur Pfändung einer Forderung, so kann dieser Beschluß mit dem Arrestbeschlusse verbunden, aber auch gesondert erlassen werden. [Vgl. Merkel S. 162 f., Voß Mag f. DR. II S. 139 ff. Meine in Ztschr. d. CPr. III S. 355 N. 1 aufgestellte Ansicht, daß der Arrestbefehl den konkreten Gegenstand bezeichnen und daher den Pfändungsbeschluß enthalten müsse, kann ich nicht aufrecht halten.] Übrigens kann auch das Gericht der Hauptsache den Arrestbefehl auf bestimmte Vermögensbestandteile beschränken [vgl. Kohler Forschungen S. 141]. Bei dem persönlichen Arreste ist entweder der Haftbefehl zu erlassen oder die anderweite Anordnung zur Beschränkung der persönlichen Freiheit zu treffen. Der Haftbefehl lautet nicht auf bestimmte Dauer. — Ein weiteres Erfordernis jeden Arrestbefehls s. § 803.

5. Die Kosten des Arrestprozesses. Wird dem Arrestgesuche durch Beschluß oder durch Urteil stattgegeben, so ist der Arrestbeklagte zur Tragung der Kosten nach Maßgabe des § 87 zu verurteilen. [Vgl. Falkmann Ztschr. f. d. CPr. XV S. 63 ff., Marcus Arch. f. c. Pr. LXXIX S. 451 ff. AM. für den Fall des Beschlusses Struckm. Koch (6) N. 2 zu § 802, Wilm. Levy N. 1 zu § 802, Gaupp II S. 565 bei N. 20, H. Meyer Ztschr. f. d. CPr. VII S. 325, Eisenlohr Bad. Ann. LVII S. 367 ff.] Enthält das Urteil keine Entscheidung über die Kosten, so ist nach § 292 zu verfahren; enthält der Beschluß keine solche Entscheidung, so findet einfache Beschwerde statt. Die Kostenentscheidung nimmt an der provisorischen Natur des Arrestes teil; sie kann mit der Arrestanordnung abgeändert oder aufgehoben werden; aber sie ist nicht zu entbehren, da der Arrestprozeß mit der Arrestanordnung zu Ende sein kann. Wegen der Kosten des Vollzugs s. § 808. Wird das Arrestgesuch von vornherein oder zufolge Widerspruchs abgewiesen oder wird der Arrest nach § 806 Abs. 2 oder wegen Aberkennung des Hauptanspruchs nach § 807 aufgehoben, so ist der Gläubiger zur Kostentragung zu verurteilen; vgl. Bem. Nr. 5 Abs. 2 zu § 806. Die Verurteilung in die Kosten des Hauptprozesses schließt die Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Arrestprozesses nicht ein [OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 535]. — Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28, 35 Nr. 339 Abs. 1 i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881; GO. f. RA. §§ 20, 23 Nr. 1, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2.

§ 803.

In dem Arrestbefehl ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes bewilligt wird.

Mot. S. 452. KPr. S. 428, 583.

1. Der Betrag ist so zu bemessen, daß der Anspruch in Haupt- und Nebensache nebst Prozeßkosten gedeckt wird. Auch bei dem dinglichen Arrest ist der Betrag nach der Höhe des Anspruchs, nicht nach dem Werte des arrestierbaren Objekts, zu bestimmen. Die Hinterlegung in Wertpapieren ist nicht gestattet [AM. Cohn Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 591 ff.]; natürlich kann der Arrestgläubiger sich damit begnügen. Der Gläubiger hat an dem hinterlegten Betrage ein Faustpfandrecht; vgl. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 709. [So auch OLG. Jena SA. XXXVIII Nr. 84. AM., nämlich für Annahme bedingter Zahlung, Herzog Ztschr. f. d. CPr. VI S. 371 ff. Dagegen Cohn a. a. O. S. 588]. Der hinterlegte Betrag haftet nicht bloß bis zur Höhe des Werts des ausgelösten Arrestobjekts, sondern für den ganzen Anspruch [RG. 18. Juni 1887 Entsch. XX Nr. 91 S. 396]. Hinterlegungsstelle s. preuß. Hinterl.Ordn. §§ 70, 72—74.

2. Der Arrestbeklagte kann durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde über die Hinterlegung der Vollziehung entgegengetreten (§ 691 Nr. 3). Wegen Aufhebung des vollzogenen

Digitized by Google

Arrestes s. § 813. Die Hinterlegung beseitigt nicht den Arrestbefehl; daher sind die §§ 804 bis 807 auch noch nachher anwendbar.

3. Sollte die Vorschrift des § 803 nicht beachtet sein, so kann der Gläubiger durch einfache Beschwerde, der Schuldner durch Widerspruch die Ergänzung herbeiführen, wenn der Arrestbefehl als Beschluß erging; ist der Arrestbefehl als Urteil ergangen, so ist Abhülfe nur im Wege der Rechtsmittel, nicht durch Ergänzungsantrag (§ 292), möglich. [Vgl. Wilm. Levy N. 2, Gaupp II S. 667, Merkel S. 147. AM. Struckm. Koch N. 1.]

§ 804.

Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt.

Die widersprechende Partei hat den Gegner unter Mitteilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehemmt.

§ 805.

Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurteil zu entscheiden.

Das Gericht kann den Arrest ganz oder teilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

Mot. S. 452—454. KPr. S. 428, 429, 588.

1. Ist der Arrest durch Urteil angeordnet, so findet Berufung oder Revision, aber kein Widerspruch statt. Ist der Arrest durch Beschluß angeordnet, so findet Widerspruch, aber keine Beschwerde statt; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu §§ 801, 802.

Der Widerspruch kann von dem Schuldner und seinen Rechtsnachfolgern erhoben werden, wenn Konkurs über sein Vermögen eröffnet ist, von dem Konkursverwalter [vgl. RG. 7. Dez. 1880 Entsch. III Nr. 111 S. 396, OLG. Karlsruhe SA. XXXVIII Nr. 85, bay. ob. LG. Bl. f. RA. LV S. 365], nicht von anderen Interessenten [RG. 17. Okt. 1884 Entsch. XII Nr. 119 S. 400, 5. April 1887 XVIII Nr. 81 S. 376].

Der Widerspruch kann gültig erhoben werden, auch wenn der Arrestbeschluß dem Schuldner noch nicht ordnungsmäßig zugestellt ist [RG. 8. Okt. 1885 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 163]. — Für den Widerspruch ist keine Frist bestimmt; der Widerspruch ist auch nach Vollziehung des Arrestes und nach Erhebung der Klage in der Hauptsache zulässig. Wenn aber der Arrestgläubiger die Vollstreckungshandlungen rückgängig gemacht, z. B. die gepfändeten Sachen freigegeben hat, und der Arrestbefehl wegen Ablaufs der in § 809 Abs. 2 bestimmten Frist nicht weiter vollziehbar ist, dann ist ein Widerspruch gegenstandslos [vgl. OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 160]. Der Schuldner, der dem Arrestbeschlusse widersprechen will, hat den Gläubiger unter Ankündigung des Widerspruchs zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu laden. Auf die Ladung finden die §§ 191—194, in amtsgerichtlichen Sachen auch die §§ 457, 458, auf die Zustellung die §§ 152 ff., auch § 180 (KPr. S. 433 f.), Anwendung. Die Mitteilung der Einwendungen, die der Schuldner gegen den Arrest geltend machen will, ist instruktionell vorgeschrieben, aber nicht wesentlich für die Gültigkeit des Widerspruchs. Der Schuldner kann in der Verhandlung andere Gründe zur Bekämpfung des Arrestes geltend machen.

Digitized by Google

[Vgl. Möller Ztschr. f. d. CPr. X S. 501, RG. 23. Sept. 1881 SA. XXXVII Nr. 173, 27. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1173.] Wegen Anwaltszwangs und Vorbereitung der Verhandlung vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. II litt. b zu §§ 801, 802 (S. 994).

2. Zur Verhandlung und Entscheidung über den Widerspruch ist das Gericht, das den Arrestbeschluß erlassen hat, ausschließlich zuständig. Weder durch Vereinbarung noch gemäß § 39 kann ein anderes Gericht die Zuständigkeit erlangen. Trotz § 10 kann die von dem Landgerichte erlassene Entscheidung aus dem Grunde, daß die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei, angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Arrestgerichts auf der Anhängigkeit des Arrestprozesses bei diesem Gerichte, nicht auf den Vorschriften über die Verteilung der sachlichen Zuständigkeit zwischen den Land- und Amtsgerichten, beruht. [Vgl. RG. 5. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 81 S. 377 ff., 14. Juni 1887 XVIII Nr. 76 S. 361, OLG. Kiel SA. XXXVIII Nr. 293, XLIV Nr. 151, bay. ob. LG. eod. XL Nr. 81, XLVI Nr. 156]. Ist der Arrestbeschluß in der Beschwerdeinstanz erlassen, so ist das Beschwerdegericht zuständig. [Vgl. Gaupp II S. 569 N. 12, Küntzel Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 459, v. Bischoffshausen Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 408 ff., KG. Berlin Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 862, Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 311. AM. Struckm. Koch (6) N. 1 zu §§ 804, 805, Wilm. Levy N. 3 zu § 804, Peters, Dorendorf, RG. 27. Apr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 106 S. 396, OLG. Augsburg Bl. f. RA. VIII Erg.Bd. S. 372, KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIX S. 317.]

3. Der Gegenstand der Verhandlung und der Entscheidung ist der gleiche, wie bei der mündlichen Verhandlung vor der Entscheidung über das Gesuch [vgl. RG. 23. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 942.] Die in Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 entwickelten Sätze finden entsprechende Anwendung. Auch die Parteistellung ist die gleiche; der Gläubiger hat die Rolle des Angreifers, der Schuldner die des Angegriffenen. Der Gläubiger hat seinen Anspruch und den Arrestgrund, der Schuldner seine selbständigen Einwendungen glaubhaft zu machen [RG. 15. Okt. 1881 SA. XXXVII Nr. 174]. Der Gläubiger kann zur Aufrechthaltung seines Arrestgesuchs neue Behauptungen vorbringen [RG. 9. Apr. 1891 SA. XLVII Nr. 175]; der Schuldner kann alle Einwendungen, auch solche, die erst nach dem Arrestbeschlusse entstanden sind, geltend machen [RG. 22. Mai 1891 Entsch. XXVII Nr. 113 S. 426]. Wird nur gegen einen Teil des Arrestbefehls Widerspruch erhoben, so beschränkt sich die Verhandlung und Entscheidung auf diesen Teil; der Schuldner kann noch in der Verhandlung seinen Widerspruch ausdehnen; jedoch nicht mehr in der zweiten Instanz, arg. § 491 Abs. 2 [RG. 23. Apr. 1890 SA. XLVI Nr. 79]. Über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ist durch Urteil zu entscheiden. Das Urteil kann den Arrestbefehl ganz oder teilweise bestätigen, abändern oder aufheben; es kann auch unter der Bedingung bestätigen, daß der Gläubiger eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit leiste; es kann unter der Bedingung, daß der Arrestbeklagte eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit leiste, abändern oder aufheben. Auf diese Sicherheit findet der § 101 keine Anwendung (s. Bem. Nr. 1 zu § 101). Auf die Anfechtung des auf Grund zweiseitiger Verhandlung erlassenen Urteils findet Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 (S. 994) entsprechende Anwendung.

Da die Parteirollen sich nicht ändern, so ist beim Ausbleiben des Gläubigers im Verhandlungstermine der § 295, beim Ausbleiben des widersprechenden Schuldners aber der § 296 entsprechend anzuwenden; dazu vgl. Bem. Nr. 1 II litt. e zu §§ 801, 802 S. 994 [RG. 27. Okt. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1173, 5. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 87 S. 383.] Gegen das Versäumnisurteil steht dem Kontumazierten der Einspruch zu.

Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 5 zu §§ 801, 802.

Digitized by Google

4. Jedes den Arrest ganz oder teilweise aufhebende Urteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648 Nr. 5). Damit kann die Vollstreckung des Arrestbefehls gehemmt, es können die Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden (§§ 691 Nr. 1, 692). Doch kann der Gläubiger wieder die sofortige Vollstreckbarkeit des Aufhebungsurteils durch Sicherheitsleistung nach § 652 Abs. 2 abwenden. Die §§ 651—654 sind anwendbar mit der Umdrehung, daß, wo sie vom Schuldner reden, der Arrestkläger als der durch das vorläufig vollstreckbare Urteil Betroffene zu verstehen ist. [Vgl. Merkel S. 156 f. u. RG. 8. März 1889 Entsch. XXV Nr. 93 S. 403, wonach es zulässig ist, ein den Arrest aufhebendes Urteil gegen Sicherheit des Arrestklägers für vorläufig nicht vollziehbar zu erklären.]

§ 806.

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurteil auszusprechen.

Mot. S. 454. KPr. S. 429, 583.

1. Die Motive bemerken: „Ist die Hauptsache nicht anhängig, so wird die Vollziehung des Arrestes in zahlreichen Fällen die Folge haben, daß der Schuldner zahlt oder dem Gläubiger für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit leistet. Es ist daher nicht erforderlich, dem Gläubiger generell die Verpflichtung aufzulegen, binnen einer bestimmten Frist die Klage in der Hauptsache zu erheben. Andererseits muß aber auch dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, auf einem einfachen Wege die Erhebung der Klage in der Hauptsache zu erwirken. Diesem Zwecke entspricht die Anordnung einer bestimmten Frist zur Klagerhebung auf Antrag des Schuldners. Die Präjudiz für den der Anordnung nicht Folge leistenden Gläubiger muß die Aufhebung des Arrestes sein."

2. „Hauptsache" im Verhältnisse zu dem den Arrest oder die einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren ist der Prozeß über den Anspruch, dessen Durchführung durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert, bei der einstw. Verf. nach § 819 der Prozeß über das Rechtsverhältnis, in Bezug worauf der einstweilige Zustand geregelt werden soll.

„Anhängig" ist die Hauptsache, wenn die betreffende Klage im ordentlichen oder im Urkundenprozesse, beim staatlichen oder beim Schiedsgerichte erhoben oder ein Zahlungsbefehl zugestellt ist und die Rechtshängigkeit noch fortdauert. Über das Ende der Rechtshängigkeit s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 235, dann die §§ 637 und 641.

3. Ist die Hauptsache nicht anhängig, so kann der Schuldner oder sein Rechtsnachfolger, im Konkurse des Schuldners der Verwalter, beantragen, daß das Arrestgericht anordne, es habe der Gläubiger binnen einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist Klage in der Hauptsache zu erheben. Für den Antrag gilt Anwaltszwang, wenn das Arrestgericht ein Land- oder höheres Gericht ist. Der Antrag ist schriftlich einzureichen; ist das Arrestgericht ein Amtsgericht, so kann der Antrag auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß. Der stattgebende Beschluß ist beiden Parteien von Amtswegen zuzustellen, der abweisende bloß dem Antragsteller; vgl. Bem. Nr. 3 zu § 294. Gegen den stattgebenden Beschluß hat der Gläubiger keine Beschwerde [RG. 13. März 1886 Entsch. XVI Nr. 90 S. 366]; denn die Entscheidung betrifft nicht die Vollziehung des Arrestes, auch hat der Gläubiger in dem nachfolgenden Verfahren Gelegenheit, die Rechtmäßigkeit des Beschlusses zu bekämpfen. Gegen die Ab-

Digitized by Google

weisung des Antrags sowie gegen jeden dem Antrage (z. B. in Bezug auf die Länge der Frist) nicht entsprechenden Beschluß steht dem Schuldner die einfache Beschwerde zu, arg. § 530; s. a. Bem. Nr. 1 a. E. zu §§ 801, 802. [Vgl. RG. 17. Apr. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1149, OLG. Hamburg SA. XXXIX Nr. 174.] Mit der Zustellung des die Erhebung der Klage anordnenden Beschlusses an den Gläubiger beginnt der Lauf der Frist (§ 198). Deren Lauf wird durch die Gerichtsferien nicht gehemmt (GVG. § 202 Nr. 2). Die Frist kann durch Vereinbarung sowie auf Antrag vom Arrestgerichte verlängert und verkürzt werden (arg. § 202).

4. Der Anordnung, Klage zu erheben, wird durch Klagerhebung im ordentlichen oder im Urkundenprozesse entsprochen. Nicht durch Zustellung eines Zahlungsbefehls; das Mahnverfahren paßt nicht hierher, weil Widerspruch zu erwarten ist. Kann der Gläubiger keine Leistungsklage erheben, z. B. bei betagtem Anspruche, so genügt Feststellungsklage. Gehört die Klage zufolge Schiedsvertrags vor ein Schiedsgericht, so ist sie innerhalb der Frist bei diesem zu erheben [RG. 27. Febr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 86 S. 370].

5. Nach Ablauf der Frist kann der Schuldner bei dem Gerichte, das den Arrest verhängte, dessen Aufhebung beantragen. Zu diesem Zwecke muß er den Gläubiger zur mündlichen Verhandlung über die Aufhebung des Arrestes laden. Mit der Ladung ist der Aufhebungsantrag zuzustellen. Ladungsfrist: § 194. Findet die Verhandlung vor einem Land- oder Oberlandesgerichte statt, so besteht für das Verfahren einschließlich der Ladung Anwaltszwang. Aufforderung zur Anwaltsbestellung s. § 192. Für die mündliche Verhandlung gelten die allgemeinen Regeln. Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung kann der Gläubiger durch den Nachweis der, wenn auch nach Ablauf der Frist, erfolgten Klagerhebung die Aufhebung des Arrestes abwenden (arg. § 209 Abs. 2), unbeschadet der Befugnis des Schuldners, die Verurteilung des Gläubigers in die Kosten des durch den Antrag veranlaßten Verfahrens zu begehren. Die Entscheidung erfolgt in Urteilsform. Das Urteil ist unter den allgemeinen Voraussetzungen mit Berufung und Revision anfechtbar (vgl. Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 S. 994). Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren finden entsprechende Anwendung; die Versäumnisfolge des § 295 gilt gegen den Antragsteller (Schuldner) die des § 296 gegen den Gegner (Gläubiger). Bei Säumnis des Schuldners ist also der Antrag auf Aufhebung des Arrestes durch Versäumnisurteil abzuweisen; bei Säumnis des Gläubigers ist die Behauptung, daß keine Klage erhoben sei, als zugestanden anzunehmen und das Versäumnisurteil auf Aufhebung des Arrestes zu erlassen [vgl. Meyer Ztschr. f. d. CPr. IX S. 348]. Das den Arrest aufhebende Endurteil ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§§ 648 Nr. 5); die §§ 651—653 finden entsprechende Anwendung; vgl. Bem. Nr. 4 a. E. zu §§ 804, 805. Auf Grund dieses Urteils kann die Vollziehung des Arrestes gehemmt (§ 691 Nr. 1) und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln (§ 692) verlangt werden.

Bei Aufhebung des Arrestes ist der Gläubiger in die Kosten des Arrestprozesses zu verurteilen [RG. 20. Sept. 1882 Entsch. VII Nr. 116 S. 376]; dazu gehören auch die Kosten der Arrestvollziehung [RG. 27. Okt. 1888 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1203].

6. Durch § 806 ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage (§ 231) die Hauptsache anhängig mache.

7. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28. GO. f. RA. § 20.

§ 807.

Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund

Digitized by Google

des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes beantragt werden.

Die Entscheidung ist durch Endurteil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und, wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache.

Mot. S. 454. KPr. S. 429, 583.

1. Litteratur: Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 532 ff., Hölscher Ztschr. f. d. CPr. VI S. 210 ff., Herbst eod. VII S. 519 ff., Möller eod. X S. 498 ff.

2. Weil der Arrest nur eine provisorische Maßregel ist, kann wegen veränderter Umstände die Aufhebung oder Abänderung des Arrestbefehls beantragt werden. Der Aufhebungsantrag greift nicht die ursprüngliche Rechtmäßigkeit des Arrestbefehls, sondern nur die Rechtmäßigkeit seiner Fortdauer an. Die Aufhebung des Arrestbefehls (§ 807) ist von der Aufhebung der Arrestvollziehung (§ 813) wohl zu unterscheiden.

Ist der Arrest durch Beschluß angeordnet und kein Widerspruch erhoben oder über den erhobenen Widerspruch noch nicht durch ein der Berufung unzugänglichss Urteil entschieden, so können die veränderten Umstände im Widerspruchsverfahren geltend gemacht werden; denn das Gericht hat die Rechtmäßigkeit zur Zeit der Urteilsfällung zu prüfen; vgl. Bem. N. 1 Abs. 3 zu §§ 804, 805. Der Schuldner ist aber auch befugt, einen Antrag nach § 807 zu stellen. Dies ergiebt sich aus dem den § 807 einleitenden Worte „Auch", sowie aus der Erwägung, daß es unter Umständen für den Schuldner einfacher und zweckmäßiger ist, bei dem Gerichte der anhängigen Hauptsache, das von dem Arrestgerichte verschieden sein kann, den Aufhebungsantrag zu stellen, als den Widerspruch bei dem Arrestgerichte zu erheben oder im Widerspruchsverfahren sich erst durch Berufung gegen das Urteil die Gelegenheit zum Vorbringen der veränderten Umstände zu verschaffen. [So auch Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 574 bei N. 3, Barkhausen, Herbst a. a. O. AM. Möller a. a. O.] Ist der Arrest durch Urteil angeordnet oder auf Widerspruch durch Urteil bestätigt und ist das Urteil nicht mehr durch Berufung anfechtbar, so können die veränderten Umstände nur gemäß § 807 geltend gemacht werden. Solange das den Arrest anordnende oder bestätigende Urteil mit Berufung anfechtbar ist, konkurrieren der Antrag nach § 807 und die Berufung [OLG. Braunschweig SA. XLIII Nr. 81]. Der Schuldner kann nicht die verschiedenen, ihm zur Geltendmachung veränderter Umstände zustehenden Rechtsbehelfe an verschiedene Gerichte bringen; gegen die zweite Geltendmachung stände dem Gläubiger eine prozeßrechtliche Einwendung nach Analogie des § 235 Nr. 1 zu.

3. Eine Veränderung der Umstände kann insbesondere darin gelegen sein, daß der Arrestgrund nachträglich wegfiel oder daß die Hauptsache zu Ungunsten des Gläubigers entschieden wurde. Auch wenn die Entscheidung in der Hauptsache noch nicht rechtskräftig ist, kann der Arrest mit Rücksicht auf diese Entscheidung aufgehoben werden. Die Umstände können ferner durch das Erbieten des Schuldners zu einer anderen Art von Sicherheit verändert werden; wegen der „nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung" vgl. Bem. Nr. 1 zu § 101. Verändert sind die Umstände, wenn der Gläubiger nach Anordnung des Arrestes in einer Vereinbarung mit dem Schuldner auf den Arrest verzichtet hat [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 310 f.] Wegen Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners kann die Aufhebung des Arrestes nicht verlangt werden [vgl. Hölscher a. a. O.] Eine andere Frage ist, ob das Arrestpfandrecht im Konkurse angefochten werden kann; darüber s. die Citate in Bem. Nr. 1 litt. b g. E. zu § 810. Die Anfechtung kann nicht in dem Verfahren über den Aufhebungsantrag erfolgen. — Auch auf Grund

Digitized by Google

neuen Vorbringens, das sich auf vor der Arrestanordnung gelegene Thatsachen bezieht, kann die Aufhebung des Arrestes verfügt werden, wenn das neu Vorgebrachte dem Schuldner vor der Arrestanordnung nicht bekannt war. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, RG. 4. Juli 1889 Entsch. XXIV Nr. 80 S. 371. AM. Möller a. a. O. S. 584 N. 15.]

4. Auf die Zuständigkeit des Arrestgerichts oder des Gerichts der Hauptsache (dazu vgl. Bem. Nr. 2 zu § 806 und Bem. Nr. 1 zu § 821) finden die in Bem. Nr. 2 zu §§ 804, 805 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Über den Fall, daß die Hauptsache von einem Schiedsgerichte anhängig ist, s. Bem. Nr. 2 zu § 821.

5. Bezüglich der Legitimation zum Aufhebungsantrage findet die Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu §§ 804, 805 entsprechende Anwendung. Der Aufhebungsantrag ist in einem Termine zu stellen. Er kann in dem Termine zur Verhandlung über die Hauptsache gestellt werden. Sonst muß der Schuldner den Gläubiger zur Verhandlung über den Aufhebungsantrag laden. Für die Ladung gelten die §§ 191—194, 457, 458; für deren Zustellung die §§ 152 ff., auch § 160. Die Mitteilung der Aufhebungsgründe bei der Ladung ist nicht wesentlich. Wegen Anwaltszwangs und Vorbereitung der mündlichen Verhandlung vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. II litt. b zu §§ 801, 802 (S. 994). Verhandlungsgegenstand ist die Rechtmäßigkeit der Fortdauer des Arrestes. Die Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 findet daher entsprechende Anwendung. Die Parteistellung dreht sich um, der Schuldner ist der Angreifer, der Gläubiger der Angegriffene [RG. 5. Dez. 1887 Entsch. XX Nr. 87 S. 383]; der Schuldner hat die Gründe für die Aufhebung zu beweisen. Die Entscheidung erfolgt in Urteilsform, auch wenn der Arrest durch Beschluß angeordnet war [OLG. Dresden SA. XLIII Nr. 80]. Auf die Anfechtung des Urteils findet Bem. Nr. 1 II litt. d zu §§ 801, 802 (S. 994) entsprechende Anwendung. Beim Ausbleiben des Schulders ist das Vers.Urteil auf Abweisung des Aufhebungsantrags zu erlassen (arg. § 295); beim Ausbleiben des Gläubigers aber ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Schuldners als zugestanden anzunehmen und, soweit es den Aufhebungsantrag rechtfertigt, dem Antrage stattzugeben, soweit dies nicht der Fall ist, der Antrag abzuweisen (arg. § 296) [vgl. RG. Entsch. XX S. 383]. Dabei ist natürlich der § 300 zu beachten. Dem Kontumazierten steht der Einspruch zu.

6. Sowohl in dem Verfahren auf Widerspruch (§ 804) als in dem Verfahren nach § 807 kann der Gläubiger auf den Arrest verzichten und dadurch bewirken, daß der Arrestbefehl auf Antrag des Schuldners aufgehoben wird (arg. § 277). Aber der Gläubiger kann nicht durch einen von ihm ausgehenden Antrag die Zurücknahme des Arrest*befehls* herbeiführen, sondern nur die Aufhebung der Arrest*vollziehung* (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 813). Abgesehen davon, daß im Gesetze ein Antrag des Gläubigers als Grund zur Aufhebung des Arrest*befehls* nicht vorgesehen ist, besteht auch gar kein praktisches Bedürfnis, eine solche Aufhebung auszusprechen, weil die Aufhebung der Arrest*vollziehung* genügt, um den Widerspruch des Schuldners gegen den Arrestbefehl abzuschneiden; vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu §§ 804, 805. [So auch Gaupp II S. 575 N. 15. Vom OLG. Hamburg SA. XLV Nr. 65 wird die Aufhebung der Arrestvollziehung und die Aufhebung des Arrestbefehls durcheinander gebracht.]

7. Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 5 zu §§ 801, 802. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 28; GO. f. RA. § 20. Wegen des Anspruchs auf Entschädigung s. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu §§ 801, 802 (S. 996).

§ 808.

Auf die Vollziehung des Arrestes finden die Vorschriften über die

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

Mot. S. 455. KPr. S. 429, 583.

1. Abweichende Bestimmungen s. §§ 809—812. Wegen Einweisung in gepfändete Forderungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 810. — Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollziehung sind nicht durch Widerspruch gegen den Arrestbefehl, sondern nach § 685 geltend zu machen [RG. 23. Apr. 1890 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 944, vgl. a. RG. 16. Jan. 1889 eod. S. 1179]. Die Zwangsvollstreckung ist nur unter den Voraussetzungen des § 691 einzustellen oder zu beschränken [RG. 2. Mai 1894 SA. L Nr. 143.]

2. Die in §§ 715, 749, 785, 786 enthaltenen Beschränkungen der Vollstreckung gelten auch bei der Vollziehung des Arrestes. [Vgl. RG. 16. Jan. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1179 speziell in Bezug auf § 749.] Besondere Beschränkungen s. HGB. Art. 119, 120, 129, 446, Postges. vom 28. Okt. 1871 § 20. Alle landesrechtlichen Beschränkungen sind aufgehoben.

3. Wegen der Gebühren des RA. s. RG. 19. Febr. 1883 Entsch. VIII Nr. 119 S. 400.

§ 809.

Arrestbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.

Die Vollziehung ist vor der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner zulässig. Sie ist jedoch ohne Wirkung, wenn die Zustellung nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der für diese im vorhergehenden Absatz bestimmten Frist erfolgt.

Mot. S. 455. KPr. S. 429, 583. Zu Abs. 3: Reichstag 6. Leg.Per. II. Sess. 1885/86 Schriftstück Nr. 125 und 233.

1. Zu Abs. 1: Der Arrestbefehl enthält bereits die wesentlichen Bestandteile der Vollstreckungsklausel (§ 663). Bei Rechtsnachfolge sind die §§ 665—667 anwendbar. Wegen der sofortigen Vollstreckbarkeit der Arrestbefehle s. Bem. Nr. 1 Ziff. II litt. g zu §§ 801, 802 (S. 994).

2. Zu Abs. 2: Die Fristbestimmung soll verhindern, daß der Arrest unter veränderten Umständen vollzogen werde (Mot. S. 455). Die Frist beginnt mit der Verkündung, wenn der Arrest durch Urteil, mit der Zustellung, wenn er durch Beschluß angeordnet ist. Wurde der Arrestbefehl dem Gläubiger nicht zugestellt, sondern — unrichtigerweise — formlos ausgehändigt, so eröffnet der Gläubiger durch die Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner gemäß § 198 Abs. 2 sich selbst auch die in Abs. 2 des § 809 bestimmte zweiwöchige Frist [RG. 10. Okt. 1888 SA. XLV Nr. 66]. Da der Widerspruch gegen den Arrest die Vollziehung nicht hindert, so läuft die Frist trotz dem Widerspruche fort. Durch Vereinbarung kann die Frist verlängert werden, nicht durch das Gericht (arg. § 202). Die Gerichtsferien sind ohne Einfluß (arg. GVG. § 202 Nr. 2). Die Frist gilt auch für Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen [RG. 3. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 84 S. 396]. Der Ger.Vollz. und das um Mitwirkung bei der Vollziehung angegangene

Digitized by Google

Gericht darf den Arrest nach Ablauf der Frist nicht vollziehen. Hat eine Vollstreckung innerhalb der Frist begonnen, so kann diese Vollstreckung auch nach Ablauf der Frist fortgesetzt werden. Sind bewegliche Sachen innerhalb der Frist gepfändet, so kann nach Ablauf der Frist der Antrag auf Versteigerung (§ 810 Abs. 3) gestellt werden; ist innerhalb der Frist ein Pfändungsbeschluß (§ 730) erwirkt, so kann er nach Ablauf der Frist zugestellt werden, weil die Vollstreckung mit Erlassung des Beschlusses beginnt (vgl. Bem. Nr. 3 litt. c zu § 686); die Frist kann auch durch Zustellung der Benachrichtigung nach § 744 gewahrt werden, wenn die Pfändung innerhalb der in § 744 Abs. 2 bestimmten Frist nachfolgt, weil in diesem Falle die Pfändung zurückdatiert wird. [Vgl. bay. ob. LG. SA. XLVI Nr. 149. AM. Hellmann Jur. WSchr. 1890 S. 139, Gaupp II S. 475 N. 8, S. 579 N. 9.] Nicht zweifellos ist, ob die Frist dadurch gewahrt wird, daß innerhalb der Frist bei der zuständigen Behörde die Eintragung des Arrestes in das Grund- oder Hypothekenbuch beantragt ist oder ob die Eintragung innerhalb der Frist von der Behörde vollzogen oder doch angeordnet werden muß. Da die Antragstellung alles ist, was der Gläubiger zu dieser Vollziehung thun kann, so wird man wohl annehmen müssen, daß die Frist durch den Antrag gewahrt wird. [Vgl. Eccius Förster pr. PrR. § 116 N. 24, Jäckel Komm. z. pr. Subh.Ordn. § 10 N. 2, Knorr Komm. z. pr. Subh.Ordn. § 10 N. 2, Dernburg preuß. Hyp.Recht II S. 131, Ortenau Komm. z. bay. Subh.Ordn. (2) S. 511, Rothenberg Beitr. z. E. d. DR. XXXV S. 783, KG. Berlin Entsch. d. KG. herausg. v. Jochow u. Küntzel VI S. 123, Entw. II e. BGB. Anm. zu § 1099. AM. Wilm. Levy (6) N. 4, Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) S. 123, Thiele Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 805; auch das RG. Entsch. XXVI S. 399 hat sich beiläufig in diesem Sinne geäußert; jedoch war der Antrag bei einer unzuständigen Behörde gestellt.] Aber unstatthaft ist jede andere selbständige Vollstreckungshandlung — z. B. eine neue Pfändung — nach Ablauf der Frist. — Über Anwendbarkeit des Abs. 2 auf einstweilige Verfügungen s. Bem. Nr. 1 zu § 815.

Gegen die Vollziehung des Arrestbefehls nach dem Ablaufe der Frist kann der Schuldner die Hülfe des Vollstreckungsgerichts anrufen (§ 685); die verspätete Vollstreckung ist für unwirksam zu erklären und rückgängig zu machen [RG. 3. Juni 1890 Entsch. XXVI Nr. 84 S. 399]. Auch eine actio negatoria gegen den Gläubiger ist möglich [RG. a. a. O.]; nicht die Widerspruchsklage nach § 686, weil es sich nicht um eine Einwendung gegen den Anspruch handelt. Auch kann nicht mit Klage verlangt werden, daß das Gericht die Vollstreckung für unzulässig erkläre, weil das Verfahren nach § 685 genügt. [AM. Kohler Forschungen S. 144.] Die Ungültigkeit der jenseits der Frist liegenden Vollstreckungsmaßregeln kann auch von einem konkurrierenden Gläubiger geltend gemacht werden.

3. Zu Abs. 3: Dieser Absatz wurde durch das RG. v. 30. April 1886, betr. die Ergänzung des § 809 der CPrO. (RGBl. S. 130), dem § 809 angefügt. Veranlaßt ist der Zusatz durch die Schwierigkeiten, die sich bei der Arrestvollziehung insbesondere gegenüber ausländischen Schuldnern und Personen unbekannten Aufenthalts daraus ergaben, daß nach dem früheren Rechtszustande die Vollziehung erst beginnen durfte, wenn der Arrestbefehl dem Schuldner bereits zugestellt war oder gleichzeitig zugestellt wurde, während doch die in Abs. 2 des § 809 für die Vollziehung des Arrestes dem Gläubiger gesetzte Frist ablief, ehe die Zustellung im Auslande oder durch öffentliches Ausschreiben ausgeführt sein konnte. Litteratur über diesen Rechtszustand: L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. III S. 357 ff., Voß Mag. f. DR. II S. 131, Francke eod. S. 148 ff., v. Krawel eod. III S. 86 ff., Tränkner Ztschr. f. d. CPr. VI S. 194, Kuhn Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 683 ff., Hagemann XXIX S. 371 ff., Petersen Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 423 ff., Jastrow eod. IX S. 422 ff.,

Digitized by Google

Beschorner Jur. WSchr. 1883 S. 63, Wach I S. 272, Fitting die Entbehrlichkeit der beabsichtigten Novelle zur CPrO. (Berlin 1886); dazu RG. Entsch. VI Nr. 120 S. 388, VIII Nr. 128 S. 429, XIV Nr. 94 S. 335, Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 847, XXIX S. 1144; bay. ob. LG. Bl. f. RA. XLIV S. 296, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 533, OLG. Stuttgart SA. XXXIX Nr. 74 [1]. Der dem Reichstage vom Bundesrate vorgelegte Entwurf schlug folgende Ergänzung des § 809 vor:

„An Stelle der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner (§ 761) genügt es, wenn die Post um Bewirkung der Zustellung ersucht (§§ 177, 179) oder, sofern eine Zustellung mittels Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder eine öffentliche Zustellung erforderlich ist, das Gesuch um die Zustellung (§ 190) überreicht ist."

Statt dieses Zusatzes schlug die Reichstagskommission, an die der Entwurf verwiesen wurde, die gegenwärtige Fassung vor. Über den Entwurf, dessen Begründung und seine Änderung in der Kommission vgl. Ztschr. f. d. CPr. IX S. 544 ff., X S. 153 ff., wo Entw., Motive und Kommissionsbericht abgedruckt sind. Litteratur zu der Novelle: Petersen Ztschr. f. d. CPr. X S. 153 ff., Jastrow eod. S. 275 ff., Brettner Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 526 ff., Marcus eod. XXXI S. 37 ff., Falkmann Ztschr. f. d. CPr. XI S. 72 ff., Wyszomirski Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 770 ff., Wachsmann eod. S. 814 ff., Rintelen Ztschr. f. d. CPr. XIII S. 258 ff., Schönfeld Ztschr. f. GV. II S. 136 ff., 148 ff. — Die Neuerung entzieht dem Schuldner, der vom Inhalte des Arrestbeschlusses vor und bei der Vollstreckung nichts erfährt, die Möglichkeit, die Vollstreckung durch Hinterlegung (§ 803) abzuwenden.

Der Abs. 3 enthält eine Modifikation der in § 671 Abs. 1 enthaltenen Regel, daß die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Vollstreckungtitel bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Der Gläubiger kann sich an die Regel halten und den Arrestbefehl vollziehen lassen, wenn er zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird; dann ist Abs. 3 des § 809 gegenstandslos. Aber der Gläubiger kann auch die Vollziehung des Arrestbefehls vor dessen Zustellung ins Werk setzen. Thut er das, so eröffnet er sich eine mit der ersten Vollstreckungsthätigkeit — also bei Sachenpfändung mit dem Pfändungsakte, bei der Forderungspfändung mit der Erwirkung des Pfändungsbeschlusses, bei dem Immobiliararreste mit der Einreichung des Antrags auf Vormerkung des Arrestes bei dem Grundbuch- oder Hypothekenamte — beginnende Frist, innerhalb deren er den Arrestbefehl dem Schuldner zustellen muß. Die Frist dauert eine Woche; wenn jedoch die in Abs. 2 des § 809 bestimmte zweiwöchige Frist früher endigt, d. i. also stets, wenn die Vollziehung erst später als am siebenten Tage nach der Verkündung oder Zustellung des Arrestbefehls an den Gläubiger stattfand, kürzt sich die Frist des Abs. 3 in der Weise, daß sie mit der Frist des Abs. 2 zu Ende geht. Bei Zustellung im Auslande und bei öffentlicher Zustellung wird gemäß § 190 die Frist des Abs. 3 mit der Überreichung des Gesuchs gewahrt, wenn die Zustellung demnächst bewirkt wird (vgl. Kommiss.Bericht S. 8); die Frist ist nicht bloß dann gewahrt, wenn das Gesuch um Zustellung nach der Vollziehung, sondern auch, wenn es vor der Vollziehung des Arrestbefehls überreicht ist. [Vgl. Struckm. Koch N. 6, A. Förster N. 13, die Herausgeber d. Ztschr. f. d. CPr. XI S. 165 N. *. AM. Petersen eod. S. 165 und Gaupp II S. 581 N. 19 auf Grund des formalen Bedenkens, daß § 190 nicht eingreife, wenn die Frist des Abs. 3 erst nach der Überreichung des Gesuchs beginne. Aber das ist Wortklauberei. Wenn die Vornahme einer prozessualischen Handlung befristet ist, so hat die vor dem Beginne der Frist vorgenommene Handlung, insoweit nicht besondere Bestimmungen entgegenstehen, die gleiche Wirkung wie die innerhalb der Frist gelegene.] Die Frist des Abs. 3 kann vom Gerichte weder verlängert noch abgekürzt werden

Digitized by Google

(arg. § 202 Abs. 2); wohl aber durch Vereinbarung (§ 202 Abs. 1), was jedoch praktisch bedeutungslos ist.

Wird die in Abs. 3 bestimmte Frist nicht eingehalten, so ist die Vollziehung wirkungslos. Die Wirkung des Vollstreckungsaktes ist durch die rechtzeitige und ordnungsmäßige Zustellung bedingt; die Vollstreckungswirkung — insbesondere der Erwerb des Arrestpfandrechts — ist nur provisorisch eingetreten; sie hört auf, wie wenn sie nie bestanden hätte, wenn die Zustellung nicht rechtzeitig oder nicht ordnungsmäßig erfolgt [bay. ob. LG. SA. XLIX Nr. 70]; die gepfändeten Sachen sind nach Ausfall der Bedingung pfandfrei, gerade wie Sachen, die der Vorschrift des § 671 zuwider auf Grund eines nicht zugestellten Urteils gepfändet wurden. Der Schuldner kann auf Grund des § 685 die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts über die Pfandfreiheit sowie auch die formelle Beseitigung der Vollstreckungsmaßregeln — die Zurückgabe der weggenommenen Sache, die Abnahme der Siegel, die Lösung des Drittschuldners von dem Verbote an den Schuldner zu zahlen, die Löschung des Arreststeintrags im Grundbuche — verlangen. Auch dritte Personen, insbesondere konkurrierende Gläubiger, können die Ungültigkeit geltend machen. Dagegen kann nicht wegen Ausfalls der Bedingung die Aufhebung des Arrestbefehls verlangt werden; denn dessen Bestand wird durch die Ungültigkeit der Vollziehung so wenig berührt, als der Bestand eines Urteils durch eine gegen § 671 Abs. 1 verstoßende Vollziehung; es kann vielmehr der Arrestbefehl, solange die Frist des § 809 Abs. 2 noch nicht abgelaufen ist, aufs neue vollzogen werden. [Vgl. Petersen Ztschr. f. d. CPr. X S. 169 f., Jastrow eod. S. 280, Kohler Forsch. S. 143. Abweichende Ansichten bei Marcus a. a. O. S. 37 ff., Falkmann a. a. O. S. 75 ff., Krech Fischer Komm. z. pr. Subh.Ordn. (3) § 11 N. 6 S. 127.] Über Anwendbarkeit des § 809 Abs. 3 auf einstweilige Verfügungen vgl. Bem. Nr. 1 zu § 815.

§ 810.

Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt. Die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen, wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den im § 709 bestimmten Wirkungen. Für die Pfändung einer Forderung ist das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

Gepfändetes Geld und ein im Verteilungsverfahren auf den Gläubiger fallender Betrag des Erlöses werden hinterlegt.

Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Wertsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde.

Mot. S. 455, 456. KPr. S. 429—434, 583—588, 720, 731—733.

1. Zu Abs. 1: a) Auf die Pfändung finden die §§ 708—715, 725—735, 739, 745, 749—752, 754 Anwendung. Über Anwendung des § 750 vgl. Jastrow Ztschr. f. d. CPr. X S. 278 N. 6. Die Versteigerung gepfändeter Sachen findet nur unter den in Abs. 3 des § 810 bezeichneten Voraussetzungen statt. Daß gepfändete Forderungen dem Arrestgläubiger nicht überwiesen werden können, ergiebt sich daraus, daß der § 810 die Überweisung nicht erwähnt, und wird in den Motiven S. 456 ausdrücklich gesagt. Eine Überweisung zur Einziehung mit der Befugnis, nicht die Zahlung, sondern, wie im Falle des § 738, die Hinterlegung oder nach §§ 746, 747 die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher oder Sequester zu verlangen, würde der Natur des Arrestes nicht widerstreiten, ist

Digitized by Google

aber in der CPrO. nicht vorgesehen und daher nicht zulässig. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Wilm. Levy N. 6, Gaupp II S. 583 bei N. 7, Ruhstrat Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 474, RG. 5. Juli 1894 Entsch. XXXIII Nr. 114 S. 421, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 323. AM. A. Förster N. 6 zu § 808, Oswalt Ztschr. f. d. CPr. XI S. 182 ff., OLG. Braunschweig eod. VII S. 111.] Die Arrestpfändung einer Forderung hindert den Schuldner nicht, gegen den Drittschuldner auf Hinterlegung zu klagen [RG. 13. April 1887 Entsch. XVII Nr. 65 S. 292 ff.]. Wegen Arrestes auf eine im Reichsschuldbuche eingetragene Forderung s. RG. v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) §§ 7, 15.

b) Nach dem früheren gemeinen, sowie nach dem franz. und dem preuß. Rechte begründete die Arrestvollziehung kein Pfandrecht und kein Vorzugsrecht, sondern bewirkte nur die Ungültigkeit der dem Arreste zuwiderlaufenden Dispositionen des Schuldners. Die Erwägungen, die dafür sprachen, das Pfandrecht einzuführen, s. Mot. S. 455 f. In der JK. d. RT. wurde die Neuerung lebhaft bekämpft, schließlich aber angenommen. Auf das Arrestpfandrecht finden alle in Bem. N. 2 zu § 709 entwickelten Sätze Anwendung, insbesondere gewährt auch das Arrestpfandrecht im Konkurse ein Absonderungsrecht. Ist ein Forderungsrecht gepfändet, so kann der Gläubiger gegen den angeblichen Cessionar auf Feststellung der Ungültigkeit der Cession klagen [RG. 12. Juli 1894 Entsch. XXXIII Nr. 74 S. 312]. — Übrigens ist das Pfandrecht dadurch bedingt, daß nicht die Aufhebung des Arrestes erfolgt [OLG. Oldenburg SA. XLV Nr. 67]; wird der Arrest aufgehoben, so ist das Pfandrecht zu Ende. Die Aberkennung des Anspruchs im Hauptprozesse bewirkt noch nicht das Aufhören des Pfandrechts; dazu ist erst noch die Aufhebung des Arrestes nötig; die Aufhebung kann nach § 807 beantragt werden. Wird der Schuldner im Hauptprozesse verurteilt und ist dieses Urteil vollstreckbar (§ 644), so wird ohne neue Pfändung die Verwertung des Pfandobjekts, die Überweisung der gepfändeten Forderungen, die Auszahlung hinterlegter Beträge ꝛc. an den Gläubiger möglich. Über Anfechtung des Arrestpfandrechts wegen Benachteiligung der Gläubiger vgl. Merkel S. 209 ff., Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 532 ff., v. Krawel Ztschr. f. d. CPr. V S. 337 ff., Hölscher eod. VI S. 207 ff., ferner die Citate in Bem. Nr. 2 litt. c a. E. zu § 709.

3. Der Schlußsatz des Abs. 1 beseitigt für die Arrestvollziehung in Forderungen und andere Vermögensrechte (§ 754) die Vorschrift des § 729 Abs. 2.

4. Zu Abs. 2: Wegen der Rechtsverhältnisse an dem hinterlegten Betrage vgl. Bem. Nr. 4 litt. e zu § 709.

5. Zu Abs. 3: Der Antrag kann von dem Gläubiger wie von dem Schuldner gestellt werden. Entscheidung s. § 684 Abs. 3, Beschwerde s. § 701. Gebühren s. GKG. § 35 Nr. 2 i. d. F. d. RG. v. 20. Juni 1881, GO. f. RA. § 23 Nr. 2.

§ 811.

Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

Litteratur: Meibom Immobiliararrest Arch. f. civ. Pr. LXXII S. 331 ff., auch als Separatabdruck mit dem Texte der auf den Immobiliararrest bezüglichen Landesgesetze erschienen (1888). — Nach der CPrO. bestimmen sich die Voraussetzungen für Anordnung und Aufhebung des Immobiliararrestes, das auf dessen Anordnung und Aufhebung bezügliche Verfahren, ferner die allgemeinen Bedingungen für die Arrestvollziehung, die sich aus den §§ 671, 809 ergeben. Daran kann die Landesgesetzgebung nichts ändern [vgl. Meibom a. a. O. S. 340]. Daher ist die im bay. AG. z. CPrO. Art. 27 Abs. 2 enthaltene vom

Digitized by Google

Reichsgesetze abweichende Bestimmung ungültig [vgl. Kraußold Bl. f. RA. LII S. 113 ff.]. Nach dem Landesgesetze bestimmt sich entsprechend der Vorschrift des § 757, dessen Abs. 2 und 3 hierher anwendbar sind, die Art und Weise der Vollziehung — ob Bucheintrag? in welcher Form? — die Wirkung — ob Pfandrecht, ob Vorzugsrecht? — sowie die Art und Weise der Löschung eines aufgehobenen Immobiliararrestes. Die §§ 755, 756 sind auf die Vollziehung des Immobiliararrestes reichsgesetzlich nicht anwendbar [vgl. Hauser Ztschr. f. R. u. VR. IV S. 42, Meibom a. a. O. S. 342].

Landesgesetze über Vollziehung des Immobiliararrestes: preuß. Subh.Ordn. v. 13. Juli 1883 §§ 2. 10, 12, 153, 178 (für das Geltungsbereich der Grundbuchordnung), ferner preuß. Ges. v. 4. März 1879 § 24. Ges. v. 12. April 1888 (GS. S. 52); bay. AG. Art. 25—31 [dazu die in Bem. Nr. 1 vor § 796 cit. Schrift von Werner] und bay. Ges. v. 29. Mai 1883, Änderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen betr., Art. 44 [dazu Ortenau Komm. z. Subh.Ordn. 2. Aufl. S. 510, dessen Ausführungen insofern unvollständig sind, als sie die Bestimmung über Unwirksamkeit des Arrestes in CPrO. § 809 Abs. 3 nicht berücksichtigen]; sächs. Ges. v. 27. Jan. 1882 § 10; württ. Ges. v. 18. Aug. 1879 Art. 27; bad. Ges. v. 3. März 1879 § 98; hess. AG. Art. 6; meckl.-schw. u. str. AV. v. 21. Mai 1879 §§ 13—20; old. Ges. v. 2. Apr. 1879 Art. 1, 14 ff., old. Ges. f. d. Fürstentum Lübeck v. 2. Apr. 1879 Art. 32, braunschw. Ges. v. 25. März 1879 § 23; anh. AG. § 23; braunschw. AG. §§ 4, 5; sachs.-alt. AG. § 23; sachs.-cob.-goth. AG. § 12; sachs.-mein. AG. § 10; Reuß ä. L. AG. §§ 54—60; Reuß j. L. AG. § 11; schwarzb.-rud. AG. §§ 9, 10; lipp. AG. §§ 9, 10, 14; schaumb.-L. Ges. v. 24. Juni 1880 u. 6. Juni 1882; hamb. AG. § 19; elf.-lothr. Ges. v. 30. Apr. 1880.

Vgl. a. Entw. I e. BGB. § 1132, Entw. II Anm. zu § 1099, Entw. e. EG. z. BGB. Art. 11, Entw. e. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen § 3 und Mot. dazu S. 82, 85.

§ 812.

Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes richtet sich, wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§ 785—794 und, wenn sie durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgt, nach den vom Arrestgerichte zu treffenden besonderen Anordnungen, für welche die Beschränkungen der Haft maßgebend sind.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

„Sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit" z. B. Beschlagnahme von Legitimationspapieren, Zeugnissen, Beigeben einer Wache, Hausarrest. Auch solche Maßregeln unterliegen den Beschränkungen der §§ 785—794 (Mot. S. 456). Der Gläubiger hat die Kosten des Vollzugs vorzuschießen.

§ 813.

Die Aufhebung eines vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags erfolgt von dem Vollstreckungsgerichte.

Das Vollstreckungsgericht kann die Aufhebung des Arrestes auch anordnen, wenn die Fortdauer besondere Aufwendungen erfordert und die Partei, auf deren Gesuch der Arrest verhängt wurde, den nötigen Geldbetrag nicht vorschießt.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 456. KPr. S. 434, 589.

1. Der ganze § 813 handelt von der Aufhebung der Arrest*vollziehung*, nicht von Aufhebung des Arrest*befehls* [RG. 2. Febr. 1886 Entsch. XV Nr. 113 S. 409.] Der Arrestbefehl bleibt sowohl im Falle des Abs. 1 wie des Abs. 2 bestehen; denn weder mit der Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags noch bei mangelndem

Digitized by Google

Vorschusse für die Kosten der fortdauernden Vollziehung ist der Arrestprozeß erledigt; nach wie vor ist die Bekämpfung der Rechtmäßigkeit des Arrestes nach §§ 803, 804, 807 nötig, wenn der Schuldner die Aufhebung des Arrestbefehls erlangen will. Die Aufhebung der Vollziehung wegen Aufhebung des Arrestbefehls oder wegen Befriedigung des Gläubigers erfolgt gemäß §§ 691 Nr. 1, 4, 5, 692 durch die Vollstreckungsorgane, nötigenfalls gemäß § 685 durch das Vollstreckungsgericht. Auch der Gläubiger kann die Aufhebung der Arrestvollziehung bei dem Vollstreckungsgerichte beantragen [RG. Entsch. XV S. 410, OLG. Hamburg SA. XLV Nr. 65]. Im Falle des Abs. 2 des § 813 kann die Aufhebung auch von Amtswegen angeordnet werden.

2. Zur Aufhebung der Arrestvollziehung ist ausschließlich das Vollstreckungsgericht (§§ 684 Abs. 2, 810 Abs. 2) zuständig. Das Verfahren richtet sich nach den in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist Beschluß. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 3, Wilm. Levy N. 4, Gaupp II S. 588 bei N. 4, A. Förster N. 5, Hoffmann Beitr. z. E. d. DR. XXIV S. 743 ff., vgl. RG. 2. Febr. 1886 Entsch. XV S. 410, OLG. Hamburg SA. XLV Nr. 65. AM. v. Bülow N. 4, Endemann III S. 381, Merkel S. 172.] Sowohl gegen den Beschluß, der den Arrest aufhebt, wie gegen den Beschluß, der den Aufhebungsantrag abweist, findet die sofortige Beschwerde statt (§ 701); denn es handelte sich nicht um die Arrestanordnung, sondern um die Vollziehung. Der Abs. 4 hat bloß deklaratorische Bedeutung, ein arg. a. contr. ist unzulässig.

§ 814.

Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Mot. S. 456, 457. EPr. S. 434, 589.

1. Über den Begriff „einstweilige Verfügung" und deren Verhältnis zum Arreste s. Bem. Nr. 2 vor § 796. Wegen des früheren gem. Rechts vgl. Endemann CPr. S. 490. Partikularrechtliche Gebilde: hann. PrO. §§ 519 ff., bad. PrO. §§ 625 ff., württ. PrO. Art. 844 ff., bayer. PrO. Art. 607 ff. Vgl. a. Code de proc. art. 806 ff.

2. Voraussetzung der einstw. Verf. nach § 814 ist die Gefährdung der dereinstigen Vollstreckung, jedoch nicht wegen einer Geldforderung, sondern wegen eines dinglichen oder obligatorischen Anspruchs auf Individualleistung. [Vgl. RG. 20. März 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 1185, wo eine einstw. Verf. zur Sicherung der Rechte eines Hypothekengläubigers auf die Pertinenzen des Grundstücks zugelassen ist.] Der Ausdruck „Streitgegenstand" darf nicht dazu verleiten, die einstweilige Verfügung auf anhängige Sachen zu beschränken. Sie ist auch zulässig, ohne daß die Hauptsache anhängig ist. Der nordd. Entw. § 733 sprach dies besonders aus. Im Gesetze ist es dadurch zum Ausdrucke gelangt, daß der § 815 die Vorschriften über das Arrestverfahren für anwendbar erklärt, ohne den § 806 auszunehmen. [Vgl. RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 305 f., Vierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 122, Merkel S. 224 f.] Wegen einer zweiten Gruppe einstweiliger Verfügungen s. § 819.

3. Einstweilige Verfügungen in Ehesachen: § 584; in Entmündigungssachen: §§ 613, 624, 626. Auf diese sind die §§ 815 ff. der CPrO. anwendbar. Nicht aber auf die einstweiligen Anordnungen der §§ 535, 647, 657, 668, 685, 688—690, 710, KO. §§ 98, 183 Abs. 2. [Vgl. Peters Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 352 ff., Voß Arch. f. c. Pr. LXXI S. 227 ff., bay. ob. LG. SA. L Nr. 138.]

Digitized by Google

Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach denen in bestimmten Fällen einstw. Verfügungen, von den Gerichten erlassen werden können (EG. § 16 Nr. 4), sowie landesgesetzliche Vorschriften, nach denen Verwaltungsbehörden mit oder ohne Vorbehalt des Rechtswegs einstweilige Verfügungen erlassen dürfen. Die Frage, welche Voraussetzungen zu einer nach den vorbehaltenen Vorschriften zugelassenen einstw. Verfügung vorliegen müssen, ist ausschließlich nach dem Landesgesetze zu beurteilen [RG. 14. Dez. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1084]. Für solche landesgesetzliche einstw. Verfügungen, die von den ordentlichen Gerichten zu erlassen sind, gilt das in der CPrO. angeordnete Verfahren (vgl. nordd. Prot. IV S. 1242, Mot. S. 448).

§ 815.

Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. § 796 Abs. 1 ist nicht anwendbar; § 796 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. — Die §§ 797, 798 sind durch die §§ 814, 819, der § 799 ist durch die §§ 816, 820 ersetzt. — Aus der entsprechenden Anwendung des § 800 Abs. 1, 2 ergiebt sich: Das Gesuch um einstw. Verf. nach § 814 soll die Bezeichnung des Rechts, dessen Verwirklichung vereitelt oder erschwert werden könnte (natürlich ohne Angabe eines Geldbetrags oder Geldwerts), sowie die Bezeichnung der Umstände enthalten, um deretwillen die Vereitelung oder Erschwerung zu besorgen ist; jenes Recht und diese Umstände sind glaubhaft zu machen. Das Gesuch um eine einstw. Verf. nach § 819 soll das streitige Rechtsverhältnis sowie den Grund, aus dem eine einstweilige Regelung nötig erscheint, bezeichnen und glaubhaft machen [vgl. Bl. f. RA. LIX S. 353 ff.]; dabei ist zu beachten, daß der gegenwärtige Besitzstand als Rechtsverhältnis i. S. des § 819 in Betracht kommt. § 800 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung. — § 801 Abs. 1 ist durch § 816 Abs. 2 ersetzt. § 801 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. — Desgleichen § 802. — § 803 ist nicht anwendbar. — § 804 findet entsprechende Anwendung. — § 805 findet mit der sich aus § 818 ergebenden Modifikation entsprechende Anwendung. — § 806 findet entsprechende Anwendung. — § 807 findet mit der sich aus § 818 ergebenden Modifikation entsprechende Anwendung. — § 808 findet entsprechende Anwendung. Die Vollziehung erfolgt nach §§ 769—777. Soweit in diesen Paragraphen die Mitwirkung des Prozeßgerichts erster Instanz vorgeschrieben ist, ist die Mitwirkung desjenigen Gerichts erforderlich, bei welchem die einstw. Verf. in erster Instanz nachgesucht worden ist. Die in §§ 773—775 vorgesehenen Anordnungen können schon mit der einstw. Verf. verbunden werden. Im übrigen (z. B. zur Ausführung einer Sequestration) ist das sich aus § 684 ergebende Vollstreckungsgericht zur Mitwirkung zuständig [KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XV S. 93, SA. LVI Nr. 159]. — § 809 Abs. 1 ist entsprechend anwendbar. Die entsprechende Anwendung des § 809 würde Abs. 2 ergeben, daß die Vollziehung der einstw. Verf. unstatthaft ist, wenn seit dem Tage, an dem die Verf. verkündet oder dem Gesuchsteller zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Da jedoch die einstw. Verf. im Gegensatze zum Arrestbefehle ihrem Inhalte nach eine Vollstreckungsthätigkeit des Gesuchstellers zu ihrer Wirksamkeit nicht erfordert, so ist § 802 Abs. 2 auf eine verkündete einstw. Verf. überhaupt nicht und auf eine nicht verkündete nur in der Art anwendbar, daß sie unwirksam wird, wenn sie dem Gegner nicht innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 809 Abs. 2 zugestellt ist. [Im

Digitized by Google

wesentlichen ebenso Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 591, Kohler Forschungen S. 145, RG. 1. Mai 1888 Entsch. XXI Nr. 87 S. 416 ff., OLG. Hamburg SA. XLII Nr. 175; vgl. a. Göppert Beitr. z. E. d. DR. XXXVIII S. 838 ff., der jedoch für arrestähnliche (?) einstw. Verf. die Vollziehung innerhalb der Frist verlangt.] Die entsprechende Anwendung des § 809 Abs. 3 ergiebt, daß die einstw. Verf. schon vor der Zustellung vollzogen werden darf, soweit dies nach ihrem Inhalte möglich ist, und daß die Rechtmäßigkeit einer vor der Zustellung vollzogenen Vollziehung von der nachfolgenden Zustellung innerhalb der in § 809 Abs. 3 bestimmten Frist bedingt ist. Bei einer einstw. Verf., die dem Gegner die Vornahme einer Handlung (§§ 773, 774) oder eine Unterlassung (§ 775) gebietet oder eine Zahlung (z. B. von Alimenten) anordnet, ist eine Vollstreckung ohne vorherige Zustellung nicht möglich; hier bleibt es bei der Regel des § 671, wonach die Vollstreckung erst nach oder gleichzeitig mit der Zustellung beginnen darf. — § 810 ist nicht anwendbar. Die Vollziehung einer einstw. Verf., die nicht auf Zahlung geht, kann weder durch Pfändung geschehen noch ein Pfand- oder Vorzugsrecht begründen. Ist aber eine Zahlung angeordnet, so wird die einstw. Verf. nach den allgemeinen Regeln durch Pfändung vollstreckt; die Vollstreckung endigt nicht, wie die Arrestvollziehung, mit der Hinterlegung des gepfändeten Geldes oder Erlöses, sondern führt zur Aushändigung an den Gläubiger [RG. 30. März 1883 Entsch. IX Nr. 97 S. 335, OLG. Dresden Ztschr. f. d. CPr. VI S. 530] oder zur Überweisung der gepfändeten Forderung; die Zuständigkeit zur Pfändung von Forderungen bemißt sich nach § 729, nicht nach § 810 Abs. 1 [aM. Ztschr. f. d. CPr. XVIII S. 400]. — § 811 findet insofern entsprechende Anwendung, als sich die Ausführung der Sequestration und die Eintragung des Verbots einer Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks nach den Landesgesetzen bestimmt. Vgl. preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 §§ 8, 16, 22, 70; preuß. AG. z. CPrO. §§ 18, 19; bay. AG. z. CPrO. Art. 32, 171, Verordn. v. 20. Sept. 1879 Nr. II (G. u. VBl. S. 1251); württ. AG. z. CPrO. Art. 27 (dazu Gaupp die auf den CPrO. bezügl. Normen des württ. Landesrechts (1893) S. 93. — § 812 findet entsprechende Anwendung. — § 813 Abs. 1 ist nicht anwendbar, weil § 803 unanwendbar ist; die Abs. 2—4 des § 813 finden entsprechende Anwendung.

2. Die Frage, ob derjenige, welcher eine nachträglich aufgehobene einstw. Verf. vollstrecken ließ, dem Gegner zum Schadensersatze verbunden sei, ist ebenso wie die entsprechende Frage bei der Vollziehung eines ungerechtfertigten Arrestes aus dem bürgerlichen Rechte zu beantworten [RG. 21. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 74 S. 380 ff.]; die Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu §§ 801, 802 S. 996 f. findet entsprechende Anwendung.

3. Die in Bem. Nr. 2 zu §§ 801, 802 entwickelten Sätze finden auf das Verhältnis des die einstw. Verf. betr. Prozesses zu dem Prozesse über die Hauptsache entsprechende Anwendung. Vgl. RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 404; die Annahme des RG., daß die Verteidigung des Gegners durch Berufung auf ein vertragsmäßiges Recht in diesem Verfahren überhaupt nicht zu berücksichtigen sei, ist übrigens unrichtig; vgl. Bem. Nr. 2 litt. a u. b zu §§ 801, 802.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 9, 35 Nr. 3 (i. d. F. d. RG. v. 29. Juni 1881), GO. f. RA. 20, 23, 29 Nr. 4, 30 Nr. 2, 36.

§ 816.

Für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Digitized by Google

Die Entscheidung kann in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. „Gericht der Hauptsache" s. § 821. Wegen der konkurrierenden Zuständigkeit des Amtsgerichts s. § 820. — Ist der Rechtsweg für die Hauptsache unzulässig, so können die Gerichte auch keine einstw. Verf. erlassen [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LVIII S. 90]; vgl. a. Bem. Nr. 1 Abs. 1 a. E. zu § 819.

2. Vorgängige mündliche Verhandlung soll hier die Regel sein. Darauf finden die in Bem. Nr. 1 Ziff. II zu § 801, 802 entwickelten Sätze entsprechende Anwendung. Wird ohne mündliche Verhandlung entschieden, so findet Bem. Nr. 1 Ziff. I zu §§ 801, 802 entsprechende Anwendung.

§ 817.

Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die Motive bemerken: „Die durch eine einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr kann so mannigfaltig sein, daß die Mittel zur Abwehr sich im voraus nicht bestimmen lassen. Sie können überall bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen; bewegliche und unbewegliche Sachen können in Verwahrung oder Verwaltung (Sequestration) genommen, dem Gegner können Handlungen geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt werden. Sind zur Erhaltung des bestehenden Zustandes Handlungen oder Unterlassungen notwendig, so können zu deren Erzwingung die zulässigen Vollstreckungsmaßregeln angewandt werden. Ist zur Vornahme einer Handlung nur der Schuldner selbst im stande, so kann geeigneten Falles auch die Haft gegen ihn angeordnet werden."

2. Wegen Vollziehung und Wirkung einer einstw. Verf., wodurch die Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks untersagt wird, vgl. Bem. N. 1 zu § 815 und RG. 25. Jan. 1884 SA. XXXIX Nr. 192. — Einstw. Verf. auf Herausgabe des Streitgegenstandes s. RG. 28. Febr. 1894 SA. XLIX Nr. 292. — Einstw. Verf. auf Sequestration einer Jagd s. OLG. Braunschweig SA. XLV Nr. 69. — Über einstw. Verf. in Bezug auf eine in das Reichsschuldbuch eingetragene Forderung s. RG. v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) §§ 7, 15.

§ 818.

Nur unter besonderen Umständen kann die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.

KPr. S. 434, 589.

Da die einstw. Verf. Sicherung einer Individualleistung oder Regelung des einstw. Zustandes bezweckt, so ist regelmäßig mit einer Sicherheit nichts genützt. Deswegen gilt der § 803 für einstw. Verff. nicht. Nur unter besonderen Umständen kann auf Antrag dessen, gegen den die Verf. sich richtet, die Aufhebung gegen eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheitsleistung (§ 807) gestattet werden. Die Entscheidung ist stets Endurteil; sie erfolgt durch das Gericht, das die einstw. Verf. erlassen hat, und wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache (§ 807 Abs. 2). Verfahren rc. s. Bem. Nr. 4 zu § 807. Daß die Vollziehung einer einstw. Verf.

Digitized by Google

durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne, kann nicht angeordnet werden [RG. 1. Nov. 1893 Sächs. Arch. III S. 732].

§ 819.

Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

KPr. E. 434, 589.

1. § 819 betrifft eine zweite Gruppe von einstweiligen Verfügungen, die Provisorien. Während einstweilige Verfügungen nach § 814 durch die Gefährdung der Vollstreckung bedingt und zum Zwecke der Sicherung der Vollstreckung zu erlassen sind, läßt § 819 einstweilige Verfügungen zur Regelung eines provisorischen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zu und überläßt die Beurteilung der Voraussetzungen zu solchen Maßregeln dem freiesten richterlichen Ermessen. Nur beispielsweise sind als genügende Voraussetzungen angeführt „bei dauernden Rechtsverhältnissen die Abwendung wesentlicher Nachteile" — und „die Verhinderung drohender Gewalt". — In den Verh. der nordd. Komm. (Prot. IV S. 1242) sind noch als Beispiele erwähnt: die Regelung des Besitzstandes, der Alimentationspflicht, die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Gastwirt und Gast und von Baustreitigkeiten. Einstw. Verf. während des Prozesses über actio negatoria s. RG. 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 294. Einstw. Verf., wodurch einem Gesellschafter die Vertretung der Gesellschaft untersagt wird, s. Plathner Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 88 f. Einstw. Verf. auf Absetzung der Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, auf Beschränkungen im Geschäftsbetrieb oder auf Bestellung anderer Liquidatoren s. RG. 3. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 92 S. 353, 11. Juni 1892 XXX Nr. 93 S. 319. Einstw. Verfügungen in Eheprozessen s. § 584. Durch einstw. Verf. kann die Auszahlung von Alimenten angeordnet werden [RG. 30. März 1883 Entsch. IX Nr. 97 S. 335, OLG. Dresden Ztschr. f. d. EPr. VI S. 530, OLG. Braunschweig SA. XL Nr. 333]; ebenso die Zahlung eines Unterhalts, der nicht Alimentationscharakter hat [RG. 8. Juni 1891 Entsch. XVII Nr. 116 S. 429 ff.]. Wegen Vollstreckung derartiger Verfügungen s. Bem. Nr. 1 zu § 815; wegen Zurückerstattung des Gezahlten nach Aufhebung derartiger Verfügungen s. RG. 21. Juni 1888 Entsch. XXI Nr. 74 S. 280 ff. Vgl. a. RG. 25. Okt. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXIII S. 1207, wo eine einstw. Verf. für zulässig erklärt wird, die die Ehefrau ermächtigte, sich Geld zur Bestreitung der Kosten des Scheidungsprozesses durch Verpfändung eines in die Ehe eingebrachten Grundstücks zu verschaffen. — Einstw. Verf. auf Leistung einer Abschlagszahlung auf Schadensersatzforderung ist unzulässig [RG. 13. Nov. 1885 Entsch. XV Nr. 100 S. 377]. Durch einstw. Verf. kann das Gericht nicht die Einstellung eines Verwaltungszwangsverfahrens anordnen [RG. 20. März 1890 Entsch. XXV Nr. 95 S. 406].

Durch § 819 ist das possessorium summarium s. summariissimum ersetzt. Die gemeinrechtlichen Regeln über die Voraussetzungen, unter denen jemand berechtigt ist, auf Besitzesschutz im poss. summ. zu klagen, insbesondere der Satz, daß den Besitzesschutz verlangen könne, wer die letzte ungestörte Besitzeshandlung vorgenommen hat, sind insofern beseitigt, als derjenige, welcher die letzte ungestörte Besitzeshandlung vorgenommen, kein Recht darauf hat, daß der Besitzstand provisorisch zu seinen Gunsten geregelt werde, auch ist es möglich, daß jemand die Regelung des Besitzstandes durch einstw. Verf. zu

Digitized by Google

seinen Gunsten erlangt, ohne den Nachweis der letzten ungestörten Besitzeshandlung geführt zu haben. Übrigens wird der Richter jene Regeln, auch ohne daran gebunden zu sein, als erprobte Richtschnur seines Ermessens festhalten. [Vgl. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 1 Abs. 3, Gaupp II S. 596, RG. 20. Mai 1881 Entsch. IV Nr. 114 S. 405; ebenso vom Standpunkte des preuß. R.: Eccius Förster pr. PrR. III § 162 N. 108. AM. Dernburg Pand. I § 187 und pr. PrR. I § 158.] Über Beseitigung der in l. 14 C. (ed. Krüger) de aed. priv. 8, 10 enthaltenen Bestimmungen s. Wendt Jahrb. f. Dogm. XXI S. 133.

Durch die einstw. Verf. wird weder der Entscheidung des Hauptsache vorgegriffen, noch an dem Rechte der Parteien unter sich oder bezüglich der Parteirollen etwas geändert (Mot. S. 457).

2. Für das Verfahren bei Gesuchen um einstw. Verf. nach § 819 und die Vollziehung gelten die §§ 815—818. Vgl. die Bemerkungen zu § 815.

§ 820.

In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen des Amtsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die regelmäßige Zuständigkeit zur Erlassung einer einstw. Verf. kommt dem Gerichte der Hauptsache zu (§ 816). Nur wo ein sofortiges Eingreifen nötig ist, um den status quo aufrecht zu erhalten, soll das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, die einstw. Verf. erlassen. Auch wenn der Hauptprozeß anhängig ist, kann das Amtsgericht eingreifen. In dem nachfolgenden Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. kann die Rechtmäßigkeit nicht damit bekämpft werden, daß das Amtsgericht mit Unrecht die Dringlichkeit angenommen habe [OLG. Kassel Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 500].

2. Gericht der Hauptsache — s. § 821. Die Frist zur Ladung vor das Gericht der Hauptsache kann durch Vereinbarung und auf Antrag verlängert und abgekürzt werden (§ 202); sie wird durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen. Für Wahrung der Frist kommt der § 190 in Betracht. Die Frist *muß* bestimmt werden, wenn nicht der Gegner darauf verzichtet. Wurde die Bestimmung der Frist unterlassen, so ist die einstw. Verf. deswegen nicht ungültig [RG. 20. Sept. 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXIX S. 1142]; der Gegner kann die Ergänzung des Beschlusses herbeiführen oder auch seinerseits den Gesuchsteller zur Verhandlung über die Rechtsmäßigkeit der einstw. Verf. vor das Gericht der Hauptsache laden. Diese Befugnis steht dem Gegner auch zu, wenn die Frist bestimmt ist; der Gesuchsteller braucht nicht zur Wahrung der Frist nochmals den Gegner zu laden, wenn er bereits von diesem geladen ist. [Vgl. Wach I S. 275 N. 17. AM. Gaupp II S. 598 N. 8.] Ladungsfrist: § 194.

3. Hat der Gesuchsteller die Frist nicht gewahrt, so kann der Gegner die Aufhebung der einstw. Verf. verlangen. Solange der Antrag nicht gestellt ist, kann die Ladung

Digitized by Google

nachgeholt werden (arg. § 209 Abs. 2). Zur Aufhebung ist nur das Amtsgericht zuständig, das die einstw. Verf. erlassen hat. Das vorgesetzte Landgericht kann die Einstellung des Vollzugs nicht anordnen [OLG. Cassel SA. XLVII Nr. 86].

4. Für das Verfahren sowohl bei dem Antrage auf Erlassung, wie bei dem Antrage auf Aufhebung der einstw. Verf. gelten die in Bem. Nr. 6 zu § 119 entwickelten Regeln. Die Entscheidung ist, auch wenn mündliche Verhandlung angeordnet wurde, kein Urteil, sondern Beschluß. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 597 N. 4, RG. 28. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 79 S. 324.] Gegen den Beschluß des Amtsgerichts, der den Antrag auf einstw. Verf. ablehnt, findet zwar Beschwerde statt (§ 530); aber der Antragsteller wird kaum jemals ein Interesse daran haben, dieses Rechtsmittel zu ergreifen. Gegen den Beschluß, der die einstw. Verf. erläßt, findet weder Beschwerde noch Widerspruch (§ 804) statt, weil das Justifikationsverfahren vor dem Gerichte der Hauptsache nachfolgt. Gegen den Aufhebungsbeschluß ist kein Rechtsmittel vorgesehen; der § 701 greift nicht ein, weil es sich nicht um Vollziehung handelt; die Analogie des § 813 Abs. 4 paßt aus dem gleichen Grunde nicht. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2, Gaupp II S. 598 bei N. 14, Merkel S. 240. AM. Wilm. Levy N. 2, A. Förster N. 5.] — Die Aufhebung einer nach § 820 erlassenen einstw. Verf. wegen veränderter Umstände (§ 807) ist bei dem Gerichte der Hauptsache zu beantragen [vgl. Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 524].

5. Für das Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. vor dem Gerichte der Hauptsache gelten die in Bem. Nr. 1 Ziff. II zu §§ 801, 802 (S. 993 ff.) entwickelten Regeln. Gebühren des Rechtsanwalts: $^5/_{10}$ [RG. Entsch. VIII Nr. 93 S. 338].

§ 821.

Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist das Gericht erster Instanz und, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Über den Begriff „Hauptsache" s. Bem. Nr. 1 zu § 806. Im Verhältnis zu einer einstw. Verf., wodurch der dem Werkmeister nach pr. ALR. I 11 § 972 zustehende Anspruch auf Hypothekeneintragung gesichert werden soll, ist Hauptsache der Prozeß über diesen Anspruch, nicht der Prozeß über die Klage auf Zahlung [RG. 10. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 104 S. 351].

Ist die Hauptsache durch Erhebung der Klage oder Zustellung des Zahlungsbefehls anhängig geworden und die Rechtshängigkeit noch nicht beendigt, so ist „Gericht der Hauptsache" im Sinne der §§ 799, 807 Abs. 2, 816 Abs. 2, 820 das Gericht, bei dem die Sache anhängig ist, wenn dies aber das Revisionsgericht ist, das Gericht erster Instanz. Entscheidend ist die Anhängigkeit zur Zeit der Einreichung des Gesuchs [vgl. RG. 2. Mai 1882 Entsch. VI Nr. 129 S. 414]. Anhängigkeit bei unzuständigem Gerichte begründet keine Zuständigkeit für die den Arrest ꝛc. [OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 555].

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so ist „Gericht der Hauptsache" das Gericht, bei dem die Hauptsache nach den Regeln über sachliche Zuständigkeit und Gerichtsstand anhängig gemacht werden kann. Das Gericht kann durch Vereinbarung bestimmt sein. Unter mehreren Gerichten hat der Gläubiger die Wahl. Ist aber eines der mehreren Gerichte der Hauptsache durch einen Antrag auf Arrest oder einstweil. Verf. mit der Sache befaßt, so steht nach Analogie des § 235 Nr. 1 die Einrede der Rechtshängigkeit zu, wenn bei einem anderen Gerichte derselbe Antrag auf Arrest oder einstw. Verf. angebracht wird. Aber durch einen solchen Antrag ist die Hauptsache nicht anhängig geworden. Daher ist

Digitized by Google

keine Partei gehindert, die Hauptsache bei einem anderen Gerichte anhängig zu machen. Vgl. RG. 1. Apr. 1885 Entsch. XIII Nr. 94 S. 362, wo zunächst ausgesprochen ist, daß die Anbringung des Arrestgesuchs bei einem Gerichte der Hauptsache den Gegner nicht hindere, bei einem anderen Gerichte die Feststellungsklage zu erheben. Das Gleiche muß aber auch für den Gesuchsteller gelten; denn es giebt keine einseitige Einrede der Rechtshängigkeit. Freilich entzieht der Gesuchsteller dem Gerichte, das als Gericht der Hauptsache den Arrestbefehl oder die einstw. Verf. erlassen hat, hintendrein die Eigenschaft als Gericht der Hauptsache für das den Arrest oder die einstw. Verf. betr. Verfahren; aber das kann nicht zur Abweisung der Klage in der Hauptsache führen.

2. Die Hauptsache kann bei einem Schiedsgerichte anhängig, es kann für die Hauptsache ein Schiedsgericht zuständig sein [vgl. RG. Entsch. XXXI Nr. 86 S. 370]. Das Schiedsgericht ist nicht zur Erlassung eines Arrestes oder einer einstw. Verf. zuständig; denn sowohl Arrest wie einstw. Verf. ist Anordnung einer antizipierten Zwangsvollstreckung, das Schiedsgericht kann aber keine Zwangsvollstreckung anordnen [vgl. KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XV S. 527]. Dadurch, daß ein Schiedsgericht für die Hauptsache zuständig ist, ist nicht ausgeschlossen, daß ein Arrestbefehl oder eine einstw. Verf. von dem staatlichen Gerichte erlassen werde, weil der Schiedsvertrag sich nicht auf die Zwangsvollstreckung bezieht [vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXI S. 310 N. 64, ROHG. Entsch. XIX S. 144, RG. 11. Juni 1892 Entsch. XXX Nr. 93 S. 322]. Als Gericht der Hauptsache im Sinne der §§ 799, 816, 820 kommt also nicht das Schiedsgericht, sondern nur das staatliche Gericht, das ohne den Schiedsvertrag zuständig wäre, in Betracht. Im Falle des § 807 aber kommt die Anhängigkeit der Hauptsache bei einem Schiedsgerichte nicht in Betracht; es ist daher nur das Gericht zuständig, das den Arrestbefehl oder die einstw. Verf. erlassen hat. [Vgl. RG. 27. Febr. 1893 Entsch. XXXI Nr. 85 S. 375.]

§ 822.

In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitte erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

Mot. S. 457. KPr. S. 434, 589.

1. Die Gesuche, deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, s. §§ 800—802, 806 Abs. 1, 813 Abs. 3, 815, 816 Abs. 2. Erachtet der Vorsitzende den Fall für so dringlich, daß die Entscheidung des Gerichts nicht ohne Gefährdung der Parteiinteressen eingeholt werden kann, dann kann er über die bezeichneten Gesuche anstatt des Gerichts — also unter der Voraussetzung der Zuständigkeit des Gerichts — entscheiden. Es ist nicht nötig, daß die Partei die Entscheidung des Vorsitzenden verlangt. Unter dem Vorsitzenden ist der Vorsitzende der Kammer oder des Senats zu verstehen. Für die an ein Amtsgericht gerichteten Gesuche ist § 822 ohne Bedeutung.

2. Die Entscheidung ist Verfügung. Gegen die Entscheidung steht derjenige Rechtsbehelf zu, welcher gegen den entsprechenden Beschluß der Gerichts zustehen würde; also z. B. gegen die Anordung eines Arrestes oder gegen die Erlassung einer einstw. Verfügung der Widerspruch nach § 804 ꝛc.

Digitized by Google

Neuntes Buch.

Aufgebotsverfahren.

1. Die Motive bemerken: „Das Institut der öffentlichen gerichtlichen Aufforderung an unbestimmte Gegner oder unbekannte Beteiligte zur Anmeldung von Ansprüchen und Rechten mit präklusivischer Folge (Aufgebot) ist — gemeinrechtlich nur für einzelne Fälle anerkannt (Wetzell Syst. § 14 bei N. 6 ff. 3. Aufl. S. 99 ff. und § 67 bei N. 103 ff. S. 913 ff.) — durch die Partikulargesetzgebungen zu ausgedehnter Entwickelung gelangt. Dasselbe gehört vorzugsweise dem materiellen Rechte an. Das bürgerliche Recht entscheidet die wichtigen Fragen, in welchen Fällen ein Aufgebot überhaupt zulässig sei, unter welchen Voraussetzungen es stattfinden könne, wer zu seiner Ausbringung legitimiert sei, worauf die Präklusion sich zu erstrecken habe, welche Anmeldungen neben oder der Präklusion entgegenstehen*) und wie die letztere wirkt. Dem Prozeßgerichte fällt lediglich die formelle Regelung des Verfahrens zu, namentlich die Bestimmung über die Art der öffentlichen Bekanntmachung, die Erlassung und Anfechtung des Präklusionsurteils, auch die Gerichtszuständigkeit, insoweit nicht diese bei einer großen Zahl von Aufgeboten durch deren materiellen Inhalt von vornherein gegeben ist.

Dem entsprechend hat die CPrO. ein Aufgebotsverfahren nur in den durch besondere Gesetze (Reichs- oder Landesgesetze) bestimmten Fällen für statthaft erklärt (§ 823 Abs. 1). Wo dasselbe nach bestehenden Rechtsnormen nicht zulässig ist, wird es durch die Prozeßordnung nicht eingeführt. Dagegen kann die Civilgesetzgebung sowohl des Reichs als der einzelnen Staaten den bestehenden Kreis der Aufgebote durch Hinzufügung neuer Fälle unbeschränkt erweitern."

Von dem Grundsatze, daß die CPrO. die Voraussetzungen, den Umfang, den Inhalt und die Wirkung des Aufgebots nicht zu bestimmen habe, ist rücksichtlich der Amortisation der Wechsel und der im HGB. Art. 301, 302 bezeichneten Urkunden abgewichen (§ 837). Für diese Urkunden ist durch die Reichsgesetzgebung die einheitliche Grundlage geschaffen, indem sie durch WO. Art. 73 und HGB. Art. 305 für amortisierbar erklärt sind. Auf dieser Grundlage konnten daher für die bezeichneten Urkunden allgemein gültige und zwingende Vorschriften sowohl über die Bedingung der Einleitung und über die materiellen Grundlagen der Amortisation (§§ 838, 840, 841, 843 Abs. 2, 844, 845) als auch über die Wirkungen des Verfahrens (§§ 848, 850) gegeben werden. Diese Bestimmungen sind dann in § 849 für die dort bezeichneten Urkunden als Minimalerfordernisse aufgestellt.

Als die Aufgabe der CPrO. bezeichnen die Motive die Herstellung der formellen Prozedur. Sie bemerken:

„Das Gesetz hat nur einen gemeinsamen Rahmen für die Prozedur bei

*) Soll wohl heißen: welche Anmeldungen neben der Präklusion bestehen, d. i. sie nicht hindern, und welche ihr entgegenstehen.

Digitized by Google

allen, überhaupt hierher zu ziehenden Aufgebotsfällen zu schaffen versucht. Unter die gegebenen Vorschriften (§§ 824—836) soll prinzipiell jede Art eines im § 823 Abs. 1 begriffenen Aufgebotsverfahren fallen und sonach einer prozessualischen Behandlung unterliegen, gleichviel ob dasselbe bislang in den einzelnen Reichsgebieten der streitigen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit oder der Rechtspolizei angehörte. Dies gilt insbesondere auch für Todes- bezw. Verschollenheitserklärungen, sowie für alle Arten der Urkundenamortisation, für welche letztere nur noch einzelne spezielle Prozedurvorschriften (§§ 842—848) nötig waren.

Nach der im § 823 Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung des „Aufgebots" werden durch das Gesetz nicht betroffen:

1) alle nicht von den Gerichten zu erlassenden Aufgebote. Dahin gehören beispielsweise die von Verwaltungsbehörden im Bereiche der Bundes-Gewerbeordnung, die von den Strandämtern (vgl. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 26 ff.), die von den Gemeinderäten als Pfandgerichten und den Notaren in Erbteilungsverhandlungen (Baden) erlassenen Aufforderungen u. a.;
2) alle Aufgebote, welche Teile eines anderen, besonders geregelten gerichtlichen Verfahrens, wie des Konkurs-, des erbschaftlichen Liquidations- oder des Subhastationsverfahrens sind;
3) alle Aufgebote, bei denen es sich nicht um unmittelbare oder mittelbare präklusivische Nachteile (zu denen ebensowohl Rechtsverluste als Erschwerungen der Rechtsverfolgung zu zählen sind), sondern lediglich um Herstellung einer Thatsache oder eines faktischen Zustandes oder um Verhütung des faktischen Existentwerdens nichtiger Rechtsverhältnisse handelt.

Aber auch innerhalb der gezogenen Grenze ist eine gemeinsame Regelung der Prozedur mit Schwierigkeiten verknüpft. Es ist nicht zu verkennen, daß für manche der bestehenden Aufgebote die Bestimmungen der §§ 824—836 nicht passen, weil dabei ein eigentliches Ausschlußurteil nicht in Frage kommt (vgl. z. B. preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 4 über Erbbescheinigungen), bei anderen das bisherige Verfahren so integrierend mit dem Rechtsinstitute selbst, zu dessen Schutze es gegeben, zusammenhängt, daß eine Trennung dieses Zusammenhangs das bestehende bürgerliche Landesrecht alterieren würde (z. B. bei vielen Aufgeboten im Gebiete des Hypothekenrechts und dem in Bremen beim Verkaufe von Immobilien eintretenden Proklamationsverfahren).

Unter Festhaltung eines prinzipiell einheitlichen Verfahrens für alle Aufgebote hat das Gesetz den beregten Schwierigkeiten Rechnung getragen durch den Vorbehalt im § 11 des EG. Danach kann die Landesgesetzgebung die Bestimmungen des Gesetzes ausschließen oder ganz oder teilweise durch andere Vorschriften ersetzen; entzogen sind ihr jedoch:

a) die im § 837 Abs. 1 gedachten Urkundenamortisationen (vgl. a. § 849),
b) alle durch ein bestehendes oder künftig ergehendes Reichsgesetz statuierten Aufgebotsfälle."

2. Reichsgesetzliche Aufgebotsfälle (außer der Amortisation der in § 837 bezeichneten Urkunden) enthalten: BG. vom 9. Nov. 1867 § 6 (BGBl. S. 157), BG. vom 26. April 1871 (BGBl. S. 91); RG. v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91); Reichsbankstatut vom 21. Mai 1875 § 8 (BGBl. S. 203).

Übersicht von Landesgesetzen über Aufgebote:

Aufgebot zum Zwecke der Amortisation von Urkunden: preuß. AG. v. 24. März 1879 § 20; bay. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 69; sächs. AG. v. 4. März 1879 § 18 u. sächs. Ges. v. 6. März 1879 §§ 1—25, 33—36; württ. AG. v. 18. Aug. 1879 Art. 20 (vgl. a. die württ. Ges. betr. die Kraftloserklärung von Urkunden und betr. die auf den Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, beide v. 18. Aug. 1879); bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 105—112; hess. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 10—21; mecklenb.-schwer. und strel. Ausf.Verordn. v. 21. Mai 1879 §§ 21 Nr. 3, 23—27; sachs.-weim.-eis. AG. v. 10. Mai 1879 §§ 9, 10, 12; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 5, 10, 11; sachsen-altenb. AG. v. 25. März 1879 §§ 24, 25; sachs.-cob.-goth. AG. v. 7. April 1879 § 14; sachs.-mein. AG. v. 6. Juni 1879 §§ 14, 15; reuß. ä. L. AG. v. 3. Mai 1879 §§ 62—69; reuß. j. L. AG. v. 22. Febr. 1879 §§ 14—17; schwarzb.-rud. AG. v. 1. Mai 1879 §§ 13, 14; lipp. AG. v. 26. Juni 1879 § 16; schaumb.-L. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 60 Nr. 4, 61, 64; brem. AG. v. 25. Juni 1879 §§ 5—16; hamb. AG. v. 14. Juli 1879 § 20; elf.-lothr. AG. v. 8. Juli 1879 §§ 25—29.

Aufgebot zum Zwecke der Löschung von Hypotheken- und Grundschuldforderungen

Digitized by Google

preuß. AG. v. 24. März 1879 §§ 21, 25, 26; bay. Hyp.Gef. v. 1822 § 82 in der Faff. d. Ausf.Gef. z. RCPrO. v. 23. Febr. 1879 Art. 123 Nr. 3; mecklenb.-schw. u. strel. Ausf.Verordn. v. 21. Mai 1879 § 21 Nr. 4; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 6, 7; sachs.-cob.-goth. AG. v. 7. April 1879 § 15; reuß. j. L. AG. v. 22. Febr. 1879 § 18; schwarzb.-rud. AG. v. 1. Mai 1879 § 15; lipp. AG. v. 26. Juni 1879 § 17; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 60, Nr. 5, 6, 61, 64.

Aufgebot im Verteilungsverfahren bei Immobiliarexekution: preuß. Gef. v. 13. Juli 1883, betr. die Zwangsvollstr. i. d. unbew. Vermögen (Subhastationsordnung), §§ 132—137.

Aufgebot bei Liegenschaften: bay. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 158—160; bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 99—104; heff. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 9; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 1.

Aufgebot zum Zwecke der Todeserklärung: preuß. Gef. v. 24. März 1879 §§ 22, 24—27; bay. AG. v. 23. Febr. 1879 Art. 71—74, 103—122; heff. AG. v. 4. Juni 1879 Art. 8; mecklenb.-schw. u. strel. Ausf.Verordn. v. 21. Mai 1879 § 28; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 8; sachs.-alt. Gef. v. 25. März 1879 § 24; schwarzb.-sond. AG. v. 17. Mai 1879 §§ 12, 13; lipp. AG. v. 26. Juni 1879 § 18; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 §§ 62—64; hamb. AG. v. 14. Juli 1878 § 23.

Aufgebot einer gefundenen Sache oder eines Schatzes: preuß. Gef. v. 24. März 1879 §§ 23, 25, 26; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 9.

Aufgebot der bei einer Hinterlegung Beteiligten: preuß. Hinterlegungsordnung v. 14. März 1879 §§ 58 ff.

Aufgebot der Nachlaßgläubiger: preuß. Gef. v. 28. März 1879; mecklenb.-schwer. u. strel. Ausf.-Verordn. v. 21. Mai 1879 § 22; braunschw. AG. v. 1. April 1879 § 7 Nr. 4; schaumb.-l. AG. v. 30. Juni 1879 § 60 Nr. 5; Lüb. AG. v. 3. Febr. 1879 Art. 5.

Der Entw. I e. BGB. enthält Bestimmungen über das Aufgebot bei Todeserklärungen §§ 5—24, bei Schuldverschreibungen auf Inhaber §§ 693—696, zum Zwecke der Ausschließung des bisherigen Eigentümers an Grundstücken §§ 873, 950, zum Zwecke der Ausschließung des unbekannten Hypothekgläubigers §§ 1103—1105, zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefs §§ 1123, 1124, ferner über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger §§ 2120 bis 2132, vgl. a. §§ 1838, 2064. In dem Entw. e. EG. z. BGB. sind Änderungen der §§ 837, 842—845, 847, 848 der CPrO. und als Zusätze die §§ 839a, 850a, 850b in Aussicht genommen. Bei der 2. Lesung wurde die Ergänzung der CPrO. durch 29 neue Paragraphen (§§ 836a—836dd) in Aussicht genommen; vgl. Entw. II §§ 728, 732, 736, 1067, 1077, 1078 und die Anm. zu §§ 9, 736, 840, 1078.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 44, in der Fassung des RG. v. 19. Juni 1881, GO. f. RA. § 40.

4. Litteratur: Hellmann Lehrb. S. 914 ff., Mandry der civilrechtl. Inh. pc. (3) S. 176 ff., 268, Eccius Förster pr. PrR. I § 58b, Fischer pr. PrR. S. 692 ff., Fürst d. Aufgebotsverf. d. CPrO. in s. Anwendung auf das Gebiet der AGO. (1880), Neumann d. Aufgebot v. Hypothekenposten und Dokumenten im Geltungsbereiche d. AGO. (1880), Wandersleben Aufgebotsverfahren in Theorie und Praxis f. d. Geltungsgebiet des pr. ALR. (2) 1884, Daude das Aufgebotsverfahren nach preuß. Rechte (2) 1890, Gaupp d. auf d. CPr. bezügl. Normen des württ. Landesrechts S. 95 ff., Römheld Arch. f. pr. RW. 3. F. II S. 346 ff. (zunächst heff. Recht), Stritt Bd. Ann. XLVII S. 185 ff. (zunächst bad. Recht), Bunsen Meckl. Ztschr. I S. 277 ff., II S. 51 ff., 204 ff., auch Sep.Abd. 1882 (zunächst meckl. Recht). Vgl. a. Wach Handb. I S. 54 u. S. 63, der das Aufgebotsverfahren der nichtstreitigen Rechtspflege zuweist.

§ 823.

Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachteil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt.

Für das Aufgebotsverfahren ist das durch das Gesetz bestimmte Gericht zuständig.

Mot. S. 458—460. KPr. S. 434, 435, 589.

Digitized by Google

1. Zu Abs. 1. Vgl. Bem. Nr. 1 vor § 823 (S. 979). Auf Grund eines Vertrags kann kein Aufgebot stattfinden (nordd. Prot. V S. 2241).

2. Zu Abs. 2. Das GVG. § 23 Nr. 2 spricht die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte aus. Nach EG. z. GVG. § 3 Abs. 2 vgl. mit EG. z. CPrO. § 11 können landesgesetzliche Aufgebotsfälle durch Landesgesetz den Land- oder höheren Gerichten zugewiesen werden. Die örtliche Zuständigkeit ist nur für die Amortisation der in § 837 bezeichneten Urkunden durch § 839 bestimmt; im übrigen ist sie nach den Spezialgesetzen zu beurteilen.

§ 824.

Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen. In dasselbe ist insbesondere aufzunehmen:

1) **die Bezeichnung des Antragstellers;**
2) **die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebotstermine anzumelden;**
3) **die Bezeichnung der Rechtsnachteile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt;**
4) **die Bestimmung eines Aufgebotstermins.**

Mot. S. 460, 461. KPr. S. 435, 589.

1. Ein Antrag ist Voraussetzung des Aufgebotsverfahrens der CPrO. Wer antragsberechtigt ist, bestimmt das Reichs- oder Landesgesetz (vgl. § 838). Abgesehen von § 840 bestimmt die CPrO. nichts über den Inhalt des Antrags. Anwaltszwang besteht nicht (arg. § 74 Abs. 2), kann aber landesgesetzlich für die nicht durch Reichsgesetz geregelten Aufgebotsfälle angeordnet werden, wenn das Landesgesetz die Land- oder höheren Gerichte für zuständig und die Stellung des Antrags zum Protokolle des Gerichtsschreibers für unzulässig erklärt.

2. Die Zulässigkeit des Antrags auf Erlassung des Aufgebots ist von Amtswegen zu prüfen. Wegen des Verfahrens vgl. Bem. Nr. 6 zu § 119. Das Gericht kann den Antragsteller zur besseren Begründung oder Ergänzung seines Antrags auffordern und schriftlich oder mündlich vernehmen. Die Entscheidung ist Beschluß; sie ist dem Antragsteller von Amtswegen zuzustellen, wenn sie nicht verkündet wurde (§ 294); gegen den abweisenden Beschluß findet die unbefristete Beschwerde statt (§ 530).

3. Für den Inhalt des Aufgebots sind nach den Motiven (S. 461) „die konkreten Verhältnisse bezw. das Interesse des Provokanten im einzelnen Falle maßgebend. Der Abs. 2 des § 824 führt deshalb nur diejenigen Requisite auf, welche niemals werden fehlen dürfen. Die Androhung bestimmter Rechtsnachteile (Nr. 3) hat eine andere Bedeutung als bei der Ladung im ordentlichen Prozeßverfahren (§ 209). Während sie bei dieser nur den Inhalt des Gesetzes wiederholen würde, enthält sie hier eine Begrenzung des Zulassungsbeschlusses und ist deshalb für das diesen Beschluß darstellende Aufgebot unerläßlich. Weicht der Beschluß in diesem Punkte von dem Antrage ab, so wird ohne Zustimmung des Antragstellers das Aufgebot nicht erlassen werden können, da das beschränktere Aufgebot etwas anderes ist als das beantragte. Ebendeshalb kann aber auch die Aufnahme des Antrags selbst in das Proklama entbehrt werden, weil sich der Inhalt desselben in der Androhung wiederfindet."

§ 825.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung

Digitized by Google

an die Gerichtstafel und durch Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger, außerdem aber, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, nach den im § 187 für Ladungen gegebenen Vorschriften.

Mot. S. 461, 462. KPr. S. 435, 589.

1. Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt von Amtswegen, nachdem das Aufgebot beschlossen ist. Die Ausführung liegt dem Gerichtsschreiber ob.

2. Die Anheftung des ganzen Aufgebots an die Gerichtstafel und die Einrückung in den Reichsanzeiger sind obligatorisch. Der übrige Teil des § 825 gilt nur subsidiär. — Besondere Vorschriften enthält § 842 für die in § 837 bezeichneten Urkunden.

3. Die in Spezialgesetzen etwa gebotene besondere Mitteilung des Aufgebots an bekannte Interessenten (z. B. preuß. Grundb.Ordn. v. 5. Mai 1872 § 105) wird durch die CPrO. nicht betroffen (Mot. S. 461). [Vgl. Daude a. a. O. S. 23 f.]

§ 826.

Auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt ist oder wenn im Falle wiederholter Bekanntmachung die vorgeschriebenen Zwischenfristen nicht eingehalten sind.

Mot. S. 461, 462. KPr. S. 435, 436, 589.

Vgl. § 189 Abs. 3. — Auf die Anmeldefrist des § 827 bezieht sich der Schlußsatz des § 826 nicht (KPr. S. 436), ebensowenig auf die Fristen der §§ 843—847.

§ 827.

Zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß, sofern das Gesetz nicht eine abweichende Anordnung enthält, ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

Mot. S. 462. KPr. S. 436, 589.

Das Spezialgesetz kann eine längere oder kürzere Frist bestimmen.

§ 828.

Eine Anmeldung, welche nach dem Schlusse des Aufgebotstermins jedoch vor Erlassung des Ausschlußurteils erfolgt, ist als eine rechtzeitige anzusehen.

Mot. S. 462. KPr. S. 436, 589.

1. Die Anmeldung muß bei dem Aufgebotsgerichte, sie kann schriftlich oder, wenn das Aufgebotsgericht ein Amtsgericht ist, zum Protokolle des Gerichtsschreibers, im Aufgebotstermine selbst auch mündlich angebracht werden. Die mündliche Anmeldung im Termine ist in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen.

2. Solange das Ausschlußurteil noch nicht verkündet ist (cf. § 829 Abs. 1), ist die Anmeldung nicht verspätet (vgl. § 209 Abs. 2).

§ 829.

Das Ausschlußurteil ist in öffentlicher Sitzung auf Antrag zu erlassen.

Vor Erlassung des Urteils kann eine nähere Ermittelung, insbesondere die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers angeordnet werden.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Aus-

Digitized by Google

schlußurteils zurückgewiesen wird, sowie gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurteile beigefügt sind, findet sofortige Beschwerde statt.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 589.

1. Die Motive bemerken: „Das Verfahren im Aufgebotstermine richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen und endet, wenn der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche erfolgt, durch Urteil. Zur Vorbereitung für die zu erlassende Entscheidung sind Zwischenbescheide auf Beweis resp. neue Ermittelungen nicht ausgeschlossen. Sie können sowohl die Formalien des Verfahrens als die materiellen Voraussetzungen desselben betreffen. Doch fällt die Frage, welche Beweise für diese letzteren zu erfordern sind, ebenso wie die Bestimmung der Voraussetzungen selbst den Spezialgesetzen anheim. Mit Rücksicht auf die dem Gesetze zu Grunde liegende Beweistheorie konnte es sich nicht empfehlen, für alle Fälle eidliche Versicherungen des Antragstellers vorzuschreiben oder für genügend zu erklären; es reichte aus, die Befugnis, eidliche Bekräftigung einer jeden Behauptung des Antragstellers zu fordern, dem Gerichte zu wahren (vgl. preuß. Entw. § 1295 und Motive S. 305, nordd. Prot. V S. 2243, 2244)."

Für die mündliche Verhandlung im Aufgebotstermine gelten die Vorschriften der §§ 127—135, 139 (141), 140—150 der CPrO. und der §§ 170, 173—193 des GVG. Der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurteils muß in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Ist das Amtsgericht zuständig, so besteht kein Anwaltszwang. Wenn durch Landesgesetze die Zuständigkeit den Land- oder höheren Gerichten übertragen sein sollte, ergiebt sich aus § 74 der Anwaltszwang, es wäre denn gemäß EG. z. CPrO. § 11 durch das Landesgesetz eine abweichende Bestimmung getroffen. Die Protokollierung des Antrags erfolgt in dem zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Aufgebotsverfahren nach § 470; in den vor die Landgerichte gehörigen Fällen gilt § 269. Ob ein Rechtsnachfolger desjenigen, welcher das Aufgebot beantragt hat, das Ausschlußurteil beantragen kann, richtet sich nach den Spezialgesetzen; ein prozeßrechtliches Hindernis besteht nicht.

2. Das Gericht hat zunächst von Amtswegen zu prüfen, ob es zuständig ist, sowie ob die formellen und materiellen Voraussetzungen vorliegen, die nach den maßgebenden Spezialgesetzen für die Erlassung eines Ausschlußurteils erforderlich sind. Dazu gehört insbesondere die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens, die Legitimation des Antragstellers und die Ordnungsmäßigkeit des Aufgebots einschließlich seiner Bekanntmachung. Die ersteren Punkte waren allerdings schon Gegenstand der Prüfung bei der Erlassung des Aufgebots; allein das Gericht ist durch die frühere Entscheidung nicht gebunden. Das Gericht hat ferner die eingegangenen Anmeldungen von Amtswegen zu prüfen, auch wenn der Anmeldende nicht im Termine erschienen ist. Näheres über die Hinderung des Ausschlußurteils durch Anmeldungen s. Bem. Nr. 1 zu § 830.

Die Entscheidung kann, abgesehen von den in Bem. Nr. 1 Abs. 1 erwähnten stets in Beschlußform zu erlassenden Zwischenbescheiden, lauten: a) Auf Zurückweisung des Antrags. Diese Entscheidung ist Beschluß. Der Beschluß ist nach § 294 zu verkünden. Dagegen findet die sofortige Beschwerde statt; deren Frist beginnt nach § 540 mit der Verkündung. Natürlich kann der Antragsteller ohne Beschwerdeführung ein neues Verfahren beantragen [vgl. Daube a. a. O. S. 30]. b) Auf Erlassung des Ausschlußurteils. Für das Ausschlußurteil gelten die Vorschriften der §§ 280—286. Die Wirkung bemißt sich nach den Spezialgesetzen. Bekanntmachung s. § 833. Anfechtung s. § 834. c) Auf teilweise Zurückweisung des Antrags, woraus sich die Möglichkeit eines beschränkten oder mit Vorbehalten versehenen Ausschlußurteils ergiebt. Soweit die Zurückweisung direkt oder durch Erlassung eines beschränkten Ausschlußurteils erfolgt, findet wieder die sofortige Beschwerde statt. Die Beschwerde steht nur dem Antragsteller zu [KG. Berlin Ztschr. f. d. CPr. XIV S. 349].

Digitized by Google

In jedem Falle einer Endentscheidung ist auch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Ist kein Gegner aufgetreten, so fallen dem Antragsteller alle Kosten zur Last. Ist ein Gegner aufgetreten, so greifen die Vorschriften der §§ 87 ff. ein (Mot. S. 470).

3. Wegen der Gebühren s. Bem. Nr. 3 vor § 823.

§ 830.

Erfolgt eine Anmeldung, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, so ist nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurteil das angemeldete Recht vorzubehalten.

Mot. S. 463, 464. KPr. S. 436, 589.

1. Aus den Motiven: „Die Ansprüche, zu deren Anmeldung das Aufgebot auffordert, können der Art sein, daß sie weder die Befugnis des Antragstellers, das Aufgebot zu beantragen, noch das von ihm behauptete Recht, welches durch das Aufgebot gegen Angriffe geschützt werden soll, in Frage stellen; solche Anmeldungen haben nur zur Folge, daß die Ansprüche von dem im übrigen auszusprechenden Eintritt der mit Recht angedrohten Rechtsnachteile auszunehmen sind, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, wenn Rechte angemeldet werden, die nicht soweit reichen, als das von dem Antragsteller verfolgte Recht (z. B. bei dem Aufgebote eines Grundstücks werden iura in re aliena angemeldet). In anderen Fällen wird die Anmeldung genügen, um das ganze Verfahren als erledigt anzusehen (z. B. wenn der Verschollene, dessen Todeserklärung beantragt ist, sich meldet oder die zu amortisierende Urkunde vorgelegt wird).

Die Anmeldungen können auch einen Widerspruch gegen das Verfahren auf Grund solcher Umstände enthalten, welche schon bei Erlaß des Aufgebots zu berücksichtigen gewesen wären; stellt sich danach der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurteils schon äußerlich und, ohne daß es der Entscheidung eines Streits bedarf, als unbegründet dar, so ist derselbe unbedenklich durch Beschluß zurückzuweisen, da es sich nicht bloß um den Widerspruch des Anmeldenden, sondern auch um die Zulässigkeit des Ausschlußurteils gegen alle übrigen Beteiligten handelt.

Zwischen diesen Fällen liegen diejenigen, bei welchen durch die Anmeldung das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird. Für diesen Streit ist die Entscheidung nicht in dem Aufgebotsverfahren zu suchen, welches keine andere Bestimmung hat, als die Feststellung der gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen, welche sich nicht melden. Ob aber das angemeldete Recht unter Erlaß eines Ausschlußurteils gegen alle übrigen Beteiligten vorzubehalten oder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht in einem besonderen, von einem der beiden Teile einzuleitenden Verfahren auszusetzen sei, das muß nach Lage des Falles bestimmt werden; weitere allgemeine Regeln sind darüber nicht aufzustellen."

2. Gegen den Aussetzungsbeschluß findet die Beschwerde statt (§ 229). Das Gericht, das die Aussetzung angeordnet hat, kann von Amtswegen (§ 141) wie auf Beschwerde (§ 534) die Anordnung aufheben. Dann ist von Amtswegen ein neuer Termin zu bestimmen. Auf diesen ist § 832 anwendbar. — Wegen Aufnahme des Verfahrens s. § 227.

3. Wie die endgültige Entscheidung über das angemeldete Recht zu erfolgen hat, bestimmen die Spezialgesetze.

§ 831.

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen. Der Antrag ist nur binnen einer vom Tage des Aufgebotstermins laufenden Frist von sechs Monaten zulässig.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 589.

Digitized by Google

Ist der Antragsteller in dem Aufgebotstermine nicht erschienen, so kann nicht verhandelt und nicht entschieden werden. Anmeldungen im Termine sind zu Protokoll zu nehmen. Aber die Anmeldenden können weder Kontumazialanträge stellen noch einen neuen Termin verlangen. — Nur der Antragsteller kann einen neuen Termin beantragen. Für diesen Antrag ist eine sechsmonatige Frist gesetzt, damit nicht das Ausschlußurteil unter veränderten Umständen erlassen werde. — Ein Antrag auf Erlassung neuen Aufgebots kann jederzeit gestellt werden.

§ 832.

Wird zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens ein neuer Termin bestimmt, so ist eine öffentliche Bekanntmachung des Termins nicht erforderlich.

Mot. S. 462, 463. KPr. S. 436, 437, 589.

1. Die Bestimmung eines neuen Termins kann durch Anordnung von Beweiserhebungen (s. Bem. Nr. 1 Abs. 1 zu § 829), durch Aussetzung (§ 830), durch Ausbleiben des Antragstellers (§ 831) oder durch eine Terminsverlegung (§§ 205, 206) veranlaßt sein.

2. Jede nicht verkündete Terminsbestimmung ist den Beteiligten von Amtswegen bekannt zu geben. Eine Ladung, d. i. eine Aufforderung zum Erscheinen, findet nicht statt. Beteiligt sind außer dem Antragsteller auch diejenigen, welche bereits Anmeldungen vollzogen haben; auch diesen ist der neue Termin von Amtswegen bekannt zu geben. [Vgl. Struckm. Koch (6) N. 2, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 612, Petersen (2) S. 1130, Endemann III S. 416, Daude a. a. O. S. 31 N. 60. Nach v. Bülow N. 2 hätte der Antragsteller die anderen Beteiligten zu laden, was damit, daß schon der erste Termin von Amtswegen bekannt zu geben ist, nicht stimmt.]

§ 833.

Das Gericht kann die öffentliche Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurteils durch einmalige Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger anordnen.

Mot. S. 469. KPr. S. 437, 589.

Das Ausschlußurteil wird verkündet, aber nicht zugestellt. Die Bekanntmachung im Reichsanzeiger ist fakultativ, ebenso deren Umfang. Die periodische Veröffentlichung gewisser Kategorien von Ausschlußurteilen in Tabellenform ist zulässig. — Obligatorisch ist die öffentliche Bekanntmachung in den Fällen der §§ 848, 849.

§ 834.

Gegen das Ausschlußurteil findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Das Ausschlußurteil kann bei dem Landgerichte, in dessen Bezirke das Aufgebotsgericht seinen Sitz hat, mittels einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage angefochten werden:

1) **wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt;**
2) **wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben ist;**
3) **wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist;**
4) **wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war;**
5) **wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urteile berücksichtigt ist;**

Digitized by Google

6) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet.

Mot. S. 464, 465. KPr. S. 437—439, 589.

1. Zu Abs. 1: „Rechtsmittel" — s. Bem. Nr. 2 zum Titel des 3. Buchs (S. 599). Auch Einspruch, Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541 ff.) finden nicht statt; ebensowenig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [RG. 24. Febr. 1886 SA. XLII Nr. 121].

2. Zu Abs. 2: Legitimiert zur Anfechtungsklage ist, wer durch das Ausschlußurteil in seinem Rechte verletzt ist. — Über den Umfang der Anfechtungsklage bemerken die Motive:

„Dieselbe kann nur in beschränktem Maße zugelassen werden, wenn nicht der Wert des für gewisse Verhältnisse unentbehrlichen Präklusionsverfahrens in bedenklicher Weise vermindert werden soll. Denn das Aufgebotsverfahren will unklare, schwierige Verhältnisse lösen durch Erreichung eines formalen Resultats, zu welchem Ende die dem Aufgebotsrichter nachgewiesene Wahrscheinlichkeit mit fruchtlosem Ablaufe der Anmeldungsfrist zur Gewißheit erhoben wird. Demnach ist von vornherein durch die Idee des Aufgebots jede Nachprüfung des bereits dem Aufgebotsrichter vorgelegten Materials und seiner Erwägungen (sowohl in Betreff des von dem Extrahenten Behaupteten, als in probatorio) ausgeschlossen. Auf den Irrtum des Aufgebotsrichters kann die Anfechtung nicht gegründet werden, auch dann nicht, wenn sich ein von ihm als wahrscheinlich bezw. gewiß angenommener Umstand (z. B. die Vernichtung eines Papiers) ex post als nicht vorhanden ausweist und zwar auf Grund eines außerhalb der Erwägungen des Aufgebotsrichters gelegenen Faktums (z. B. daß sich die Amortisationsurkunde hinterher im Besitze des Extrahenten wiederfindet). In solchen Fällen trägt das Ausschlußurteil in sich keine Nullität; es muß ebenso, wie die auf Grund desselben neu gefertigte Urkunde, aufrecht erhalten und der Geschädigte auf den Weg der Schadens- resp. Bereicherungsklage verwiesen bleiben. Die Zulassung der Anfechtungsklage ist daher auf die im § 834 Abs. 2 aufgeführten Fälle beschränkt."

3. Zu Abs. 2 Nr. 1: Gemeint ist der Fall, daß der Richter de iure geirrt, also ein das Aufgebotsverfahren für den unterstellten Thatbestand zulassendes Gesetz (im Sinne des EG. § 12) irrtümlich angenommen hat. Auf Feststellung eines unrichtigen Thatbestandes (error facti) kann die Anfechtungsklage nicht gestützt werden, selbst wenn bei der Feststellung gegen eine Beweisregel verstoßen worden sein sollte. Ist eine gesetzlich nicht zulässige Präklusion in dem Aufgebote angedroht und in dem Ausschlußurteile ausgesprochen, so ist die Anfechtungsklage aus Nr. 1 begründet; denn es ist ein Rechtsirrtum hinsichtlich der Zulässigkeit der betreffenden Art des Aufgebotsverfahrens unterlaufen. Wurde in dem Aufgebote eine gesetzlich zulässige Präklusion angedroht, in dem Ausschlußurteile aber eine zwar gesetzlich zulässige, aber nicht angedrohte Rechtsfolge ausgesprochen, so ist die Anfechtungsklage aus Nr. 2 begründet; denn es fehlt für dieses Ausschlußurteil die Publikation des Aufgebots mit den verhängten Rechtsnachteilen. Über die Bedeutung eines Ausschlußurteils dieser Art für Rechte Dritter, deren Präklusion in dem Aufgebot gar nicht angedroht war, wurden in der JK. d. RT. (KPr. S. 439) verschiedene Meinungen geäußert. Während einerseits behauptet wurde, daß dieses Ausschlußurteil dem Dritten gegenüber überhaupt bedeutungslos sei, daher von dem Dritten nicht angefochten zu werden brauche (woraus sich dann wieder ergeben würde, daß die Fristen des § 835 für diesen Fall belanglos wären), wurde andererseits behauptet, daß das Urteil vorbehaltlich der Anfechtung jenen Rechten Dritter präjudiziere, daher innerhalb der bezeichneten Fristen angefochten werden müsse. Die zweite Ansicht ist richtig. Denn wenn bei vollständigem Unterbleiben der Bekanntmachung eines Aufgebots das Ausschlußurteil formell besteht und der Anfechtung bedarf, so ist a maiori ad minus zu schließen, daß auch bei einer Be-

Digitized by Google

kanntmachung, die das später verwirklichte Präjudiz nicht enthalten hat, die Anfechtung aus Nr. 2 nötig ist. Die in Anl. z. 164. Prot. d. JK. d. RT. S. 10 enthaltene Deklaration ist hiernach gegenstandslos. [Vgl. Struckm. Koch N. 4, Wilm. Levy N. 5, Gaupp II S. 613 f. bei N. 5, 6, Petersen (2) S. 1133. AM. Hellmann Komm. III S. 194, v. Bülow S. 566.]

4. Zu Abs. 2 Nr. 2: Die Art der Bekanntmachung bezieht sich nicht auf deren Inhalt. [Vgl. RG. 23. Nov. 1893 Entsch. XXXII Nr. 35 S. 138.] — Unter Nr. 2 gehört auch der Fall, daß eine im Spezialgesetze vorgeschriebene Bekanntmachung an bekannte Interessenten unterblieben ist (Mot. S. 465).

5. Zu Abs. 2 Nr. 3: Vgl. § 827. Auch eine geringfügige Verkürzung begründet die Klage (Mot. S. 465 und nordd. Prot. V S. 2247 f.).

6. Zu Abs. 2 Nr. 4: Vgl. § 513 Nr. 2 und Bem. Nr. 3 dazu; § 542 Nr. 2.

7. Zu Abs. 2 Nr. 5: „Dem Gesetze gemäß" — so. dem für das Aufgebot maßgebenden Gesetze.

8. Zu Abs. 2 Nr. 6: Vgl. § 543 Nr. 1—5. § 544 findet hierher entsprechende Anwendung. Einen Fall, wo diese Bestimmung zur Anwendung kam, s. OLG. Jena in Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen XXXVII S. 360 ff.

§ 835.

Die Anfechtungsklage ist binnen der Notfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntnis von dem Ausschlußurteile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der im § 834 Nr. 4, 6 bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntnis des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist.

Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurteils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Mot. S. 464—466. KPr. S. 439, 589.

1. Zu Abs. 1: Wegen des Begriffs „Notfrist" s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 253). Vgl. a. § 549 Abs. 1 und 2.

2. Wegen der Natur der zehnjährigen Frist s. Bem. Nr. 4 Ziff. I vor § 191 (S. 254). Die Frist ist keine Notfrist. Sie wird von den Gerichtsferien nicht berührt. Sie unterliegt nicht der Parteiverfügung.

§ 836.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 138 nicht vorliegen.

Mot. S. 466. KPr. S. 439, 589.

Vgl. preuß. AG. z. CPrO. § 26 und Daube a. a. O. 41.

§ 837.

Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artikeln 301, 302 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Urkunden gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Bestimmungen finden in betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, insoweit Anwendung, als in dem Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind.

Mot. S. 466, 467. KPr. S. 439, 589.

Digitized by Google

1. Die §§ 837—850 enthalten Bestimmungen über die Urkundenamortisation. Diese Bestimmungen, die sich aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 823—836 ergänzen, sind für die Amortisation der in Abs. 1 des § 837 bezeichneten, reichsgesetzlich für amortisierbar erklärten Urkunden in dem Sinne maßgebend, daß sie durch Landesgesetze nicht beseitigt werden können. Dieselben Bestimmungen gelten für die Amortisation anderer Urkunden subsidiär, d. i. wenn nicht das Spezialgesetz, woraus sich die Zulässigkeit der Amortisation ergiebt, besondere von den §§ 838—850 abweichende Vorschriften enthält; auch können diese Vorschriften gemäß EG. § 11 durch Landesgesetz abgeändert werden, soweit nicht der § 849 bezüglich der dort bezeichneten Urkunden einer Änderung im Wege steht.

2. Ob andere Urkunden als Wechsel und die in den Art. 301, 302 des HGB. bezeichneten, an Ordre lautenden kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Konossemente, Ladescheine, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants), Bodmereibriefe und Seeassekuranzpolicen amortisiert werden können, darüber entscheiden die Landesgesetze, soweit nicht durch specielle Reichsgesetze die Amortisierbarkeit ausgesprochen (z. B. BG. v. 9. Nov. 1867 § 6, BG. v. 21. Juli 1870 § 3, RG. v. 26. April 1873 (RGBl. S. 91) oder ausgeschlossen (Reichsbankges. v. 14. März 1875 § 4 Abs. 3) ist. Die CPrO. führt also die Amortisierbarkeit, wo sie nicht durch Reichs- oder Landesgesetz zugelassen ist, nicht ein. Ob Aktien für kraftlos erklärt werden können, bemißt sich nach dem Landesrechte. Die Bestimmugen über „Amortisation" im HGB. Art. 203 Abs. 2, 215d betreffen nicht die Kraftloserklärung im Sinne der CPrO. § 837.

§ 838.

Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten, oder welche durch Indossament übertragen werden können und mit einem Blankoindossamente versehen sind, ist der letzte Inhaber berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

Bei anderen Urkunden ist derjenige zu dem Antrage berechtigt, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann.

Mot. S. 467. KPr. S. 439, 589.

§ 838 bestimmt, wer zu dem Antrage auf Urkundenamortisation berechtigt ist. Die Regel enthält § 838 Abs. 2. Hiernach ist legitimiert, wer das Recht aus der Urkunde, wenn sie vorhanden wäre, nach dem materiellen Rechte geltend machen könnte (vgl. WO. Art. 36, 73).

Eine Konsequenz dieser Regel spricht § 838 Abs. 1 noch besonders aus: der Inhaber eines auf den Inhaber lautenden (vgl. HGB. Art. 207 Abs. 4, 307, 309, 325) oder in blanco indossierten (vgl. WO. Art. 12, HGB. Art. 182 Abs. 4 u. 5, Art. 223 Abs. 1 f., Art. 301—305) Papiers ist zur Geltendmachung des Rechts aus der Urkunde, folglich auch zu dem Amortisationsantrage befugt. Dies gilt auch für den Schuldner selbst, sofern eine auf den Inhaber lautende oder in blanco indossierte Urkunde nach ihrer Rückgabe an den Schuldner und nach Befriedigung des Gläubigers noch von Bedeutung ist, was z. B. bei auf den Inhaber lautenden Hypothekenurkunden vorkommen kann. (Mot. S. 467.)

Die Regel des Abs. 2 gilt auch für indossable Urkunden, deren letztes Indossament kein Blankoindossament ist.

Wegen Bescheinigung der Legitimation s. § 840 Nr. 2.

§ 839.

Für das Aufgebotsverfahren ist das Gericht des Orts zuständig, welchen

Digitized by Google

die Urkunde als den Erfüllungsort bezeichnet. Enthält die Urkunde eine solche Bezeichnung nicht, so ist das Gericht zuständig, bei welchem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen Gerichts dasjenige, bei welchem der Aussteller zur Zeit der Ausstellung seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Ist der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen, so ist das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig.

Mot. S. 467, 468. KPr. 440, 589.

1. Der Erfüllungsort ist in der Urkunde bezeichnet nicht bloß, wenn direkt gesagt ist, daß an einem bestimmten Orte zu erfüllen sei (dies ist z. B. bei dem domizilierten Wechsel der Fall), sondern auch wenn aus dem Texte der Urkunde in anderer Weise der Erfüllungsort zu entnehmen ist. Daher enthält auch der nicht domizilierte, gezogene oder eigene Wechsel einen in der Urkunde bezeichneten Erfüllungsort; denn für jenen gilt nach WO. Art. 4 Nr. 8 der bei dem Namen oder der Firma des Bezogenen angegebene Ort, für diesen aber nach WO. Art. 97 der Ort der Ausstellung als Zahlungsort. Konossemente, Ladescheine, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) enthalten ebenfalls eine Bezeichnung des Erfüllungsorts; denn aus Konossementen und Ladescheinen muß der Bestimmungsort, der nach HGB. Art. 324 Abs. 1 zugleich der Erfüllungsort ist, aus den Lagerscheinen oder Warrants aber der nach HGB. Art. 324 Abs. 1 zugleich als Erfüllungsort zu betrachtende Lagerplatz ersichtlich sein. [So auch Wolffson in der JK. d. RT. KPr. S. 440 Daube S. 56 und die Kommentatoren bis auf Wilm. Levy, A. Förster und Reincke.] Die vorstehende Auslegung wird bestätigt durch die nordd. Prot. V S. 2251, wo in der Beratung über die in dem § 839 entsprechende Bestimmung auf HGB. Art. 324 Bezug genommen ist. Sie wird nicht widerlegt durch die Mot. zu Entw. I S. 505, wo gesagt ist, daß man nicht den Erfüllungsort schlechthin als maßgebend für die Zuständigkeit bezeichnen wollte, weil die Untersuchung, wo der Erfüllungsort sei, wenn einmal eine ausdrückliche Bestimmung fehle, wegen ihrer Schwierigkeit kein geeigneter Gegenstand für eine auf einseitige Angaben des Antragstellers zu gründende Entscheidung sei, selbst wenn der Erfüllungsort durch die Handelsniederlassung oder den Wohnort des Ausstellers zur Zeit der Ausstellung (HGB. Art. 324) bestimmt werden soll. Denn abgesehen davon, daß diese Äußerung in den Motiven zu den späteren Entwürfen nicht wiederholt ist, kann man eine ausdrückliche Bestimmung sehr wohl jede nennen, die in der Urkunde selbst zum Ausdrucke gelangt ist, gleichviel ob dies direkt durch Angabe eines Orts als Erfüllungsorts oder indirekt durch aus der Urkunde ersichtliche Umstände geschehen ist. Dagegen enthält eine Urkunde keine Bezeichnung des Erfüllungsorts, wenn dieser erst aus außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, z. B. aus dem Orte der Niederlassung des Verpflichteten, gefolgert werden muß. Ein Wechsel „zahlbar aller Orten" enthält daher keinen Erfüllungsort. — Sind mehrere Erfüllungsorte bezeichnet, so kann die Amortisation bei jedem der mehreren Gerichte beantragt werden.

Ist in der Urkunde ein im Auslande gelegener Ort als Erfüllungsort bezeichnet, so ist kein inländisches Gericht für die Amortisation zuständig. Es wird nicht etwa das inländische Gericht zuständig, bei dem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

2. „Allgemeiner Gerichtsstand" — s. §§ 13—20. Bei mehreren Ausstellern konkurrieren deren allgemeine Gerichtsstände. Wenn der Aussteller einen Gerichtsstand in Deutschland weder hat noch zur Zeit der Ausstellung gehabt hat, so kann die Amortisation

Digitized by Google

in Deutschland nicht beantragt werden. — Der subsidiär angeordneten Zuständigkeit entspricht die in der preuß. VO. v. 16. Juni 1819 § 5 und im Bundesges. v. 9. Nov. 1867 § 7 bestimmte Zuständigkeit des Berliner Gerichts.

3. Die in Abs. 1 bestimmte örtliche Zuständigkeit ist zwar nicht, wie die Zuständigkeit nach Abs. 2, als ausschließliche bezeichnet; gleichwohl kann von einer Verschiebung nicht die Rede sein, da weder eine konkurrierende Zuständigkeit vorhanden, noch eine Prorogation möglich ist. Die Zuständigkeit nach Abs. 2 schließt jene nach Abs. 1 aus.

§ 840.

Der Antragsteller hat zur Begründung des Antrags:

1) entweder eine Abschrift der Urkunde beizubringen oder den wesentlichen Inhalt der Urkunde und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit derselben erforderlich ist;
2) den Verlust der Urkunde, sowie diejenigen Thatsachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen;
3) sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten.

KPr. S. 440, 589.

1. Die Vorschriften des § 840 über den Inhalt des Antrags ergänzen sich aus § 824. Sie sind für die in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden obligatorisch und erschöpfend. Für andere Urkunden (§ 837 Abs. 2) gelten sie subsidiär; primär entscheiden die Spezialgesetze über die Erfordernisse des Amortisationsantrags, es bleiben also insbesondere alle spezialgesetzlichen Bestimmungen in Kraft, die zum Amortisationsantrage mehr verlangen, als in § 840 verlangt ist. Fordert z. B. ein Spezialgesetz das Zeugnis einer Behörde oder des Ausstellers darüber, daß die durch die zu amortisierende Urkunde verbriefte Schuld noch bestehe (z. B. preuß. VO. v. 16. Juni 1819 GS. S. 157, preuß. Ges. v. 2. März 1850 über die Errichtung von Rentenbanken GS. S. 112, preuß. Sparkassenreglement v. 12. Dez. 1838 GS. 1839 S. 5, BG. v. 9. Nov. 1867 BGBl. S. 157 § 6, cf. BG. v. 21. Juli 1870 BGBl. S. 491 § 3, BG. v. 26. April 1871 BGBl. S. 91 § 3, RG. v. 12. Mai 1873 RGBl. S. 91 § 2, Reichsbankstatut v. 21. Mai 1875 RGBl. S. 203 § 8), so muß der Antrag auch diesem Erfordernisse genügen. Vgl. preuß. AG. z. CPrO. § 20 Abs. 5 und Daude S. 61.

2. Zu Nr. 1: Was wesentlicher Inhalt und was zur vollständigen Erkennbarkeit der Urkunde erforderlich ist, ist thatsächliche Frage. Spezialgesetze können auch in diesem Punkte besonderes bestimmen.

3. Zu Nr. 2: Wegen der Legitimation zur Antragstellung vgl. § 838. Wegen Glaubhaftmachung s. § 266.

4. Zu Nr. 3: Die Erklärung des Antragsstellers, zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben bereit zu sein, ist formales Erfordernis des Antrags. Aber die Abnahme der eidlichen Versicherung ist nicht obligatorisch, sondern steht im Ermessen des Gerichts, wenn nicht Spezialgesetze sie gebieten (KPr. S. 440).

§ 841.

In dem Aufgebote ist der Inhaber der Urkunde aufzufordern, spätestens im Aufgebotstermine seine Rechte bei dem Gerichte anzumelden und die Urkunde vorzulegen. Als Rechtsnachteil ist anzudrohen, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde.

Mot. S. 468, 469. KPr. S. 440, 589.

Digitized by Google

1. § 841 ergänzt für das Gebiet der Urkundenamortisation den § 824 Nr. 2, 3.

2. Obwohl in dem Aufgebote nur der Inhaber der Urkunde aufgefordert wird, seine Rechte anzumelden und die Urkunde vorzulegen, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter mit einem besseren Rechte an der auch für ihn verlorenen Urkunde die Legitimation des Ausstellers bestreitet. Geschieht dies oder erkennt der Antragsteller eine infolge des Aufgebots vorgelegte Urkunde als die aufgebotene nicht an, so liegt der im § 830 vorgesehene Fall vor, daß der Streit im besonderen Verfahren zur Ausführung zu bringen ist. Im übrigen wird das Aufgebotsverfahren durch Vorlegung der Urkunde erledigt (Mot. S. 469).

3. Der anzudrohende Rechtsnachteil entspricht dem Ausspruche des Ausschlußurteils (§ 848). Die als Folge eintretende Befugnis, alle Rechte aus der Urkunde gegenüber dem Verpflichteten geltend zu machen, ist in der Androhung nicht zu erwähnen, weil überhaupt rücksichtlich der Legitimation Dritter gegenüber dem Verpflichteten trotz der Bestimmung des § 850 kein Ausschluß erfolgt.

§ 842.

Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Lokale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die im § 187 Abs. 2 bezeichneten Blätter.

Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung noch in andere Blätter und zu mehreren Malen erfolge.

KPr. S. 440, 589.

Vgl. § 825 nebst den Bemerkungen.

§ 843.

Bei Wertpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben der erste einer seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ausgegebenen Reihe von Zinsscheinen oder Gewinnanteilscheinen fällig geworden ist und seit der Fälligkeit desselben sechs Monate abgelaufen sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurteils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugnis der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes ihr zur Ausgabe neuer Scheine nicht vorgelegt sei, und daß die neuen Scheine an einen anderen als den Antragsteller nicht ausgegeben seien.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

1. Die §§ 843—845 enthalten besondere Bestimmungen über Amortisation der Wertpapiere (über diesen Begriff vgl. Bem. Nr. 1 zu § 722), für die Zins- oder Gewinnanteilscheine (Koupons) ausgegeben sind, und zwar über Amortisation der Stammpapiere.

Soweit eine der in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden den Charakter eines Wertpapiers hat und Zinsscheine dazu ausgegeben sind — bei kaufmännischen Verpflichtungsscheinen in der Gestalt von Prioritätsobligationen, die der Indossierung bedürfen, ist es möglich, daß sie als Wertpapiere mit Zinsscheinen im Verkehr vorkommen — sind die §§ 843—848 auch auf die Amortisation auch dieser Urkunden anwendbar. [Vgl. Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 622 N. 2.]

Digitized by Google

Die Nichteinhaltung der in den §§ 843—845 bestimmten Fristen begründet die Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3.

Durch die §§ 843—845 ist die Amortisierbarkeit der hier bezeichneten Papiere nicht ausgesprochen. Ob sie überhaupt amortisierbar sind, ob sie ohne oder nur mit den Zins- oder Gewinnanteilsscheinen amortisiert werden können, ob Zins- und Gewinnanteilsscheine amortisierbar sind, alle diese Fragen sind aus den Spezialgesetzen zu beurteilen.

2. § 843 enthält die Regel; die §§ 844, 845 enthalten für die dort bezeichneten Papiere Ausnahmebestimmungen, durch die von den Erfordernissen des § 843 einiges nachgelassen wird. Daraus folgt, daß § 843 auch auf die § 844 bezeichneten, mit mehr als vierjährigen Koupons ausgegebenen Papiere anwendbar ist, wenn von den zuletzt ausgegebenen Koupons nach der Zeit des Verlustes überhaupt nicht mehr vierjährige Koupons fällig werden, sondern die Ausgabe einer neuen Serie vor Ablauf der vier Jahre bevorsteht.

3. Das in § 843 Abs. 2 bezeichnete Zeugnis ist nicht zum Amortisationsantrage, sondern erst zu der Erlassung des Amortisationsurteils erforderlich. Das Zeugnis muß bezeugen, daß die Urkunde seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes nicht vorgelegt und daß auch nicht auf Grund der Vorlage eines Talons die neue Kouponserie an einen anderen als den Antragsteller ausgegeben worden ist. Daß die früher ausgegebenen Koupons vom Antragsteller oder von einem Dritten zur Zahlung vorgelegt wurden, hindert die Amortisation des Stammpapiers nicht.

§ 844.

Bei Wertpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine zuletzt für einen längeren Zeitraum als vier Jahre ausgegeben sind, genügt es, wenn der Aufgebotstermin so bestimmt wird, daß bis zu demselben seit der Zeit des glaubhaft gemachten Verlustes von den zuletzt ausgegebenen Scheinen solche für vier Jahre fällig geworden und seit der Fälligkeit des letzten derselben sechs Monate abgelaufen sind. Scheine für Zeitabschnitte, für welche keine Zinsen oder Gewinnanteile bezahlt werden, kommen nicht in Betracht.

Vor Erlassung des Ausschlußurteils hat der Antragsteller ein nach Ablauf dieser sechsmonatigen Frist ausgestelltes Zeugnis der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die für die bezeichneten vier Jahre und später etwa fällig gewordenen Scheine ihr von einem anderen als dem Antragsteller nicht vorgelegt seien. Hat in der Zeit seit dem Erlasse des Aufgebots eine Ausgabe neuer Scheine stattgefunden, so muß das Zeugnis auch die im § 843 Abs. 2 bezeichneten Angaben enthalten.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

1. Wertpapiere mit Koupons für längere Zeiträume könnten nach § 843 erst nach Erschöpfung der möglicherweise für 100 Jahre ausgegebenen Kouponserie amortisiert werden. Für solche Fälle sorgt § 844.

2. Bei der Ansetzung des Aufgebotstermins muß der Richter trotz dem Schlußsatze des Abs. 1 unterstellen, daß die Zins- oder Gewinnanteilscheine alle bezahlt werden. Vor Erlassung des Amortisationsurteils hat dann das Gericht zu prüfen, ob diese Unterstellung im gegebenen Falle zutrifft; der Antragsteller muß den Nachweis liefern, daß alle in den vier Jahren fälligen Koupons bezahlt worden sind. Ist dies nicht der Fall, so ist der Termin zu vertagen.

Digitized by Google

3. Der § 844 ist auf den Fall zugeschnitten, daß mit dem Stammpapiere auch die Zins- oder Gewinnanteilscheine zu Verlust gegangen sind. Wenn der Antragsteller die Koupons des zu amortisierenden Stammpapiers besitzt und vorzeigt, so hat es weder einen Sinn, vier Jahre lang darauf zu warten, ob nicht ein anderer die Koupons präsentiert, noch hat es einen Sinn, das in Abs. 2 geforderte Zeugnis zu verlangen, durch dessen Erfordernis der im Besitze der Koupons befindliche Antragsteller gehindert ist, seine Koupons zu begeben. Man postuliert daher für diesen Fall eine anderweitige Regulierung des Amortisationstermins. Diese ist aber im Gesetze nicht vorgesehen. Nun darf man aber den Amortisationsbedürftigen nicht auf § 843 verweisen, denn hiernach käme er vor der Ausgabe einer neuen Kouponserie gar nicht zum Ziele, sondern man muß wohl oder übel den § 844 auch in diesem Falle anwenden; daraus folgt, daß der Antragsteller, um das in Abs. 2 verlangte Zeugnis zu erhalten, genötigt ist, die Koupons der betreffenden Zeit nicht zu begeben, sondern selbst zu präsentieren.

§ 845.

Bei Wertpapieren, für welche Zinsscheine oder Gewinnanteilscheine ausgegeben sind, aber nicht mehr ausgegeben werden, ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 843, 844 vorhanden sind, der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß bis zu demselben seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines sechs Monate abgelaufen sind.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 589—592.

Die Vorschrift des § 845 betrifft hauptsächlich gekündigte und verloste Wertpapiere. Sie hat gegenüber den §§ 843 und 844 nur subsidiäre Bedeutung. — „Seit der Fälligkeit des letzten ausgegebenen Scheines" — soll heißen: seit der Fälligkeit des letzten zahlbaren Scheines der ausgegebenen Scheine."

§ 846.

Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben, welche zur Zeit der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger noch nicht eingetreten ist, und sind die Voraussetzungen der §§ 843—845 nicht vorhanden, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage sechs Monate abgelaufen sind.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 590—592.

1. Der Ausdruck „Schuldurkunde" ist ungenau; er umfaßt hier auch Wertpapiere. Für Wertpapiere mit Zins- oder Gewinnanteilscheinen ist der § 846 nicht anwendbar.

2. „Verfallzeit" — d. ist ein bestimmter Tag. Urkunden mit Kündigungsfrist kommen nur in Betracht, wenn durch eine auf der Schuldurkunde beurkundete Kündigung die Verfallzeit fixiert ist.

3. Die Nichteinhaltung der Frist begründet die Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3.

§ 847.

Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Mot. S. 468. KPr. S. 440—443, 590—592.

Ist die Frist nicht eingehalten, so ist die Anfechtungsklage aus § 834 Nr. 3 begründet.

Digitized by Google

§ 848.

In dem Ausschlußurteile ist die Urkunde für kraftlos zu erklären.

Das Ausschlußurteil ist seinem wesentlichen Inhalte nach durch den Deutschen Reichsanzeiger bekannt zu machen.

In gleicher Weise hat nach eingetretener Rechtskraft die Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urteils, soweit dadurch die Kraftloserklärung aufgehoben wird, zu erfolgen.

Mot. S. 468—470. KPr. S. 443, 592.

1. Zu Abs. 1: Die Motive bemerken: „Die Wirkung des (Aufgebots-)Verfahrens beschränkt sich darauf, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Verpflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (nordd. Entw. §§ 1153, 1154). Im übrigen wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und einem Dritten, welcher ein besseres Recht auf die Urkunde hat, nicht berührt. Es liegt kein Bedürfnis vor, in dieser Richtung eine weitergehende Wirkung (preuß. Entw. § 1327: Ausschluß des unbekannten Inhabers der Urkunde und aller unbekannten Berechtigten mit ihren Rechten) eintreten zu lassen; denn auch ohne dieselbe wird der Verlust der Urkunde, welcher die einzige Veranlassung des Verfahrens ist, derart aufgehoben, daß der Antragsteller thatsächlich über die Urkunde wie vor dem Verluste verfügen kann. Den Verlust gänzlich ungeschehen zu machen, wird durch die Bedeutung des Besitzes der Urkunde durch den Dritten ausgeschlossen. Hatte ein Dritter Rechte an der Urkunde, ohne dieselbe zu besitzen, so sind dieselben überhaupt weder durch den Verlust der Urkunde seitens des Inhabers noch durch das Aufgebot berührt. ..... Ob auf Grund der Kraftloshaltung die Ausfertigung einer neuen Urkunde statthaft ist, hängt von dem Verhältnisse des Berechtigten zu dem Verpflichteten ab und ist in der PrO. nicht zu bestimmen."

2. Zu Abs. 2: Die Bekanntmachung ist hier, abweichend von § 833, geboten.

3. Wegen der Kosten s. Bem. Nr. 2 Abs. 3 zu § 829.

§ 849.

Die Vorschriften der §§ 843—848 finden auch auf das Aufgebot anderer als der im § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden, welche auf den Inhaber lauten oder durch Indossament übertragbar und mit einem Blankoindossament versehen sind, Anwendung, insoweit nicht der Anspruch, über welchen die Urkunde ausgestellt ist, in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

Durch diese Bestimmung werden Vorschriften, welche für das Aufgebotsverfahren noch andere oder schwerere Voraussetzungen aufstellen, nicht berührt.

KPr. S. 592, 593.

1. § 849 wurde in Veranlassung einer Petition der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft von der JK. d. RT. eingefügt. Er stellt für die Amortisation der auf den Inhaber lautenden oder in blanco indossierten Papieren ein Minimum von Erfordernissen auf, unter das die Landesgesetze nicht heruntergehen dürfen. Übrigens ist auch durch § 849 die Amortisierbarkeit der in § 849 bezeichneten Papiere nicht ausgesprochen. Die Bestimmungen des § 849 haben keine Bedeutung, wenn die betreffenden Papiere nicht auf Grund eines Landesgesetzes amortisierbar sind.

2. Hiernach ergiebt sich bezüglich der Geltung der §§ 843—848: a) Auf das Aufgebot der in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden sind die §§ 843—848 allein anwendbar. Vgl. jedoch Bem. Nr. 1 zu § 843. b) Auf das Aufgebot von Inhaberpapieren sowie von indossablen und mit einem Blankoindossamente an letzter Stelle versehenen Papieren, die nicht zu den in § 837 Abs. 1 bezeichneten gehören, sind die §§ 843—848 anwendbar, aber

Digitized by Google

nicht allein maßgebend; die Spezialgesetze können die Erfordernisse des Aufgebotsverfahrens und des Ausschlußurteils steigern, z. B. längere Fristen bestimmen, aber nicht mindern. Ausgenommen von der verbindlichen Kraft der §§ 843—848 sind Aufgebote von Urkunden über Ansprüche, die in einem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen sind. c) Für alle anderen Urkunden einschließlich der letzterwähnten gelten die §§ 843—848 nur subsidiär, d. i. wenn nicht durch Spezialgesetze anders bestimmt ist.

§ 850.

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

Mot. S. 468. KPr. S. 443, 593.

1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 848. Nur dem Verpflichteten, nicht Dritten gegenüber, ersetzt das Ausschlußurteil den Besitz der Urkunde. Wer Verpflichteter ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte. In Kraft bleibt WO. Art. 73 vgl. mit 98 Nr. 9, wonach die Amortisation des Wechsels nur dessen Acceptanten und gegen den Aussteller des eigenen Wechsels, nicht gegen andere Wechselverpflichtete, wirkt. Die Regreßrechte gegen den Aussteller des gezogenen Wechsels und gegen den Wechselindossanten sind nach WO. Art. 54 durch die Auslieferung des Wechsels bedingt; daran ist nichts geändert.

2. Die Vorschrift des § 850 gilt für die in § 837 Abs. 1 bezeichneten Urkunden primär, für andere Urkunden subsidiär; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 837.

Digitized by Google

Zehntes Buch.

Schiedsrichterliches Verfahren.

Litteratur frühere s. Gruchot Beitr. z. E. d. DR. XVI S. 1 ff., Windscheid Pand. II §§ 415, 417. Neuere: Wach Handb. I S. 64 ff., Hellmann Lehrb. S. 1018 ff. Eccius Förster pr. PrR. I § 49a, Dernburg Pand. I §§ 165 f. u. pr. PrR. I §§ 142 ff., Fischer pr. PrR. S. 742 ff., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 316 ff., 490 ff., Daubenspeck die Schiedsgerichte zur Regulierung der Bergschäden (Berlin 1883), B. Mayer die schiedsrichterliche Rechtsentscheidung (Erlangen 1888), Hayum Schiedsvertrag (Tübingen 1892); speziell über schiedsrichterliches Verfahren in Patentsachen: Kohler Arch. f. H. u. WR. XLVII S. 333 ff.

1. Das zehnte Buch der CPrO. enthält nicht bloß Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren, sondern auch materielles Recht, das zu dem maßgebenden Civilrechte ergänzend und abändernd hinzutritt. Die Vorschriften des zehnten Buchs der CPrO. gelten nur für den Fall, daß durch Vereinbarung (§ 851) oder andere rechtsgeschäftliche Verfügung (§ 872) die Entscheidung einer vor die ordentlichen Gerichte gehörigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeit (im Sinne des GVG. § 13) einem oder mehreren Schiedsrichtern übertragen ist.

Die Vorschriften gelten also nicht:

a) für den Fall der Vereinbarung, daß ein Dritter eine Leistung, z. B. den Preis einer Ware oder die Vergütung für Dienste oder die Höhe des durch ein Ereignis verursachten Schadens oder den der Einlage eines Gesellschafters entsprechenden Gewinnanteil, nach billigem Ermessen bestimmen solle. Hier ist nämlich dem Dritten nicht die Entscheidung über das Bestehen von Rechten und Rechtsverhältnissen, sondern die Bestimmung des Umfangs von Rechten, daher nicht a priori die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, übertragen; auch ist dem Dritten das billige Ermessen zur Richtschnur gesetzt. Daher ist in diesen Fällen auf Verurteilung zu der von dem Dritten bestimmten Leistung (nicht auf Vollstreckbarkeit des Spruchs) zu klagen, um zur Zwangsvollstreckung zu gelangen; auch steht dem Gerichte die Entscheidung darüber zu, ob die von dem Dritten getroffene Bestimmung dem billigen Ermessen entspricht. Über derartige Vereinbarungen vgl. § 1 I. de emt. et vend. 3, 23, l. 25 C. de c. e. 4, 38, l. 76—79 D. pro socio 17, 2; Bekker Pand. II S. 297, Dernburg Pand. II § 15; preuß. ALR. I 11 § 51, dazu Eccius Förster pr. PrR. I § 49a N. 8; sächs. BGB. § 803; Entw. I e. BGB. § 357, Mot. dazu II S. 194, Entw. II e. BGB. § 270; Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 305 u. Ges. Beitr. S. 259 ff., Weismann Arch. f. c. Pr. LXXII S. 269 ff., Entsch. d. RHG. III S. 75, 167, IV S. 428 ff., VII S. 31,

Digitized by Google

VIII S. 110, X S. 428, XVI S. 427, XVIII S. 345; Entsch. d. RG. VI Nr. 54 S. 201 ff., X Nr. 38 S. 130 ff., XXIV Nr. 76 S. 357, Nr. 90 S. 411 ff.; SA. XXVI Nr. 187, XXII Nr. 237, XXXII Nr. 128, XXXIII Nr. 133, XXXVIII Nr. 18; Beitr. z. E. d. DR. XXXX S. 1024. In den römischen Gesetzen heißt der Dritte arbiter, wie der Schiedsrichter bei dem compromissum; auch das preuß. ALR. nennt ihn Schiedsrichter. Neuere heißen den Dritten zum Unterschied vom Schiedsrichter Schiedsmann, Schätzmann oder Arbitrator. Ob eine Vereinbarung der angegebenen Art oder ein Schiedsvertrag vorliegt, ist eine thatsächliche Frage. Darüber vgl. RG. 16. Okt. 1889 Entsch. XXIV Nr. 90 S. 411 ff., 12. Apr. 1892 XXIX Nr. 78 S. 319 ff.;

b) für das Schiedsgericht, dem die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, aber nicht einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, z. B. die Entscheidung über eine Privatklage wegen Beleidigung oder über eine nicht vor die Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Rechtsstreitigkeit übertragen ist;

c) für das Schiedsgericht, dem die Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, aber einer vor die besonderen Gerichte (GVG. § 14) gehörigen Rechtsstreitigkeit, übertragen ist. Dies folgt aus § 3 des EG.; denn wenn die CPrO. nur auf die vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, so gelten auch die in der CPrO. enthaltenen Vorschriften über das schiedsgerichtliche Verfahren nur für das schiedsrichterliche Verfahren in solchen Rechtsstreitigkeiten, die vor die ordentlichen Gerichte gehören würden, wenn kein Schiedsvertrag geschlossen wäre. [Vgl. Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 183 f. gegen Haym S. 22 ff.] Sind jedoch die Entscheidungen der besonderen Gerichte nicht endgültig, sondern nur Vorentscheidungen, gegen die jeder Partei die Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg zusteht, wie dies nach GVG. § 14 Nr. 3 bei den Entscheidungen der Gemeindegerichte der Fall ist, so gelten die Bestimmungen der CPrO. über das schiedsgerichtliche Verfahren auch für die Rechtsstreitigkeiten, die ohne Schiedsvertrag diesen besonderen Gerichten zufallen würden. — Auf Schiedsverträge über Streitigkeiten, für die nach RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 3 die Gewerbegerichte zuständig sind, sind die Bestimmungen des zehnten Buchs der CPrO. entsprechend anzuwenden, da nach § 24 des cit. Gesetzes auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten die Vorschriften der CPrO., wenn auch zunächst nur die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden, Anwendung finden.

d) Die Vorschriften des zehnten Buchs der CPrO. gelten nicht für das Verfahren vor Schiedsgerichten, die durch ein Reichs- oder Landesgesetz oder durch Staatsvertrag angeordnet sind. Solche Schiedsgerichte sind z. B. die nach §§ 97a Nr. 6, 100d der Gew.Ordn. errichteten Schiedsgerichte der Innungen, die nach den Unfallversicherungsgesetzen v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 89) § 62 Abs. 2, v. 5. Mai 1885 (RGBl. S. 132) § 67 Abs. 2, v. 11. Juli 1887 (RGBl. S. 287) § 38, 13. Juli 1887 (RGBl. S. 329) § 70 Abs. 2, nach dem Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz v. 22. Juli 1889 §§ 70 ff. errichteten Schiedsgerichte, die nach RG. v. 29. Juli 1890 betr. die Gewerbegerichte (RGBl. S. 141) § 61 ff. als Einigungsämter fungierenden Gewerbegerichte; ferner die nach dem Weltpostvertrag v. 4. Juli 1891 (RGBl. 1892 S. 503) Art. 23 und nach der Generalakte der Brüsseler Antisklaverei-Konferenz v. 2. Juli 1890 (RGBl. 1892 S. 605) Art. LV zu berufenden Schiedsgerichte.

2. Die Vorschriften der CPrO. finden auch Anwendung auf ein schiedsrichterliches Verfahren, das auf Grund einer vor dem 1. Oktober 1879 getroffenen Vereinbarung nach dem 1. Okt. 1879 begonnen hat; nicht aber auf ein schiedsrichterliches Verfahren, das vor dem 1. Okt. 1879 schon anhängig war (arg. EG. z. CPrO. § 18). Auch auf die Anfechtung

Digitized by Google

und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die in einem damals anhängigen oder schon beendigten Verfahren erlassen sind, ist nur das frühere Recht anwendbar. [Vgl. RG. 21. Okt. 1885 Entsch. XV Nr. 93 S. 357 ff. AM. Mayer a. a. O. S. 108.] Die Gültigkeit eines vor dem 1. Okt. 1879 geschlossenen Schiedsvertrags ist nach dem früheren Rechte zu beurteilen. [Vgl. RG. 10. Nov. 1881 SA. XXXVIII Nr. 158, 8. Nov. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1053.]

3. Über das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter giebt die CPrO. keine Vorschriften; in dieser Beziehung bleibt es bei dem Landesrechte. Danach ist auch zu beurteilen, welche Rechte und Verbindlichkeiten durch einen von der Partei mit dem Schiedsrichter geschlossenen Vertrage über die Übernahme des Schiedsrichteramts zwischen diesen Personen entstehen, ob auf Ausführung des Schiedsrichteramts geklagt werden kann, ob dem Schiedsrichter ein Anspruch auf Honorar zusteht u. s. w.

4. Wegen der Gebühren der Rechtsanwälte s. GO. f. RA. § 91 Nr. 1 u. Abs. 2.

§ 851.

Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

Mot. S. 473. KPr. S. 440—472, 593.

1. Was zu einer Vereinbarung gehört, insbesondere auch, ob in der Unterwerfung unter das Statut einer Gesellschaft oder Anstalt eine Vereinbarung liegt, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

2. a) Die Gültigkeit des Schiedsvertrags hängt davon ab, daß die Parteien befähigt sind, einen Vergleich zu schließen. Nach dem gemeinen Rechte und wohl auch nach allen Partikularrechten kann einen Vergleich schließen, wer sich durch Verträge verpflichten kann. Wer sich nicht durch Verträge verpflichten kann, ist also nicht fähig, einen Schiedsvertrag zu schließen. Diese Personen sind als prozeßunfähig in Bem. Nr. 2 litt. a—e zu § 50 (S. 72 f.) angeführt. Soweit sie teilweise fähig sind, sich durch Verträge zu verpflichten, sind sie auch teilweise zum Schiedsvertrage befähigt. Für die nicht zum Abschlusse verpflichtender Verträge fähigen Personen können Schiedsverträge durch ihre gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Bedarf der gesetzliche Vertreter zum Abschlusse eines Vergleichs besonderer Ermächtigung, so ist diese auch zum Schiedsvertrage erforderlich (Mot. S. 472). Die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft können Schiedsverträge abschließen (HGB. Art. 127). Der Konkursverwalter hat nach KO. § 121 Nr. 2 zu Schiedsverträgen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen; die Gültigkeit des Vertrags wird jedoch durch diese Vorschrift nicht berührt (KO. § 124). Durch Bevollmächtigte kann ein Schiedsvertrag geschlossen werden; aber die Prozeßvollmacht enthält nicht die Befugnis dazu, obwohl sie zum Vergleiche ermächtigt, denn die Bestimmungen des § 77 über den präsumtiven Umfang der Prozeßvollmacht gelten nur für den Prozeß (vgl. Mot. S. 472). So ausdrücklich bay. AG. z. CPrO. Art. 13 Abs. 1.

b) Die Gültigkeit des Schiedsvertrags hängt ferner davon ab, daß es gestattet ist, über die Rechte oder Rechtsverhältnisse von der Art, wie sie den Gegenstand des Streites bilden, durch Vergleich zu verfügen; und zwar muß diese Verfügung allgemein, nicht bloß nach einer gewissen Richtung hin (z. B. in favorem matrimonii), gestattet sein. Daher sind Schiedsverträge über Ehesachen im Sinne des § 568 und über Entmündigungssachen ungültig; desgleichen über Statussachen (arg. l. 32 § 7 D. de recept. 4, 8), soweit diese

Digitized by Google

nicht rechtsgeschäftlicher Regelung unterliegen. Aus Partikularrechten können sich weitere Beschränkungen ergeben (z. B. sächs. BGB. § 1852).

3. Wirkungen des Schiedsvertrags. a) Jede Partei kann dem Versuche des Gegners, über den Streit, der nach dem Vertrage durch das Schiedsgericht entschieden werden soll, die Entscheidung eines staatlichen Gerichts durch Klage, Widerklage oder Incidentantrag (§ 253) oder im Wege des Mahnverfahrens herbeizuführen, mit der Einrede des Schiedsvertrags entgegentreten und dadurch bewirken, daß das staatliche Gericht die Klage (Widerklage, den Incidentantrag) abweist. Die Einrede ist nicht prozeßhindernd im Sinne des § 247 (vgl. Bem. Nr. 5 Abs. 3 zu § 247, wo Litt. und Rechtsprechung angegeben sind); der Beklagte kann also nicht auf Grund der Einrede die Einlassung zur Hauptsache verweigern; doch kann das Gericht nach § 137 die Verhandlung zunächst auf die Einrede beschränken. Die Einrede wird nicht, wie die prozeßhindernden Einreden, durch die vorbehaltlose Einlassung zur Hauptsache ausgeschlossen, obwohl auf die Einrede verzichtet werden kann. Dem Antrage auf Arrest oder einstweilige Verfügung steht der Schiedsvertrag nicht im Wege (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 821). — b) Jede Partei ist verpflichtet, zu thun, was zur Herbeiführung des Schiedsspruchs nötig ist, und kann hierzu durch eine bei dem ordentlichen Gerichte zu erhebende Klage und durch Zwangsvollstreckung nach § 774 angehalten werden; jedoch nicht zur Ernennung von Schiedsrichtern, soweit § 855 Abs. 2 eingreift. Wegen der Wirkung des Schiedsspruchs s. § 866.

Ob der Schiedsvertrag die Erben der Vertragschließenden bindet, ist aus dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen; vgl. l. 27 § 1, l. 49 D. 4, 8; für die Sonderrechtsnachfolger der Vertragschließenden ist er stets bindend. [Vgl. L. Seuffert Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 481.]

4. Der Schiedsvertrag kann durch Vereinbarung aufgehoben werden. Dessen Anfechtung wegen Zwangs, Betrugs, Irrtums richtet sich nach den allgemeinen Regeln. Ist der Vertrag, dem der Schiedsvertrag beigefügt ist, ungültig, so ist auch der Schiedsvertrag ungültig, es wäre denn der Schiedsvertrag in dem Sinne geschlossen, daß der Streit über die Gültigkeit jenes Vertrags von dem Schiedsgerichte entschieden werden soll [vgl. RG. 17. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 98 S. 379 f.]. Die Ungültigkeit des einem anderen Vertrage beigefügten Schiedsvertrags hat die Ungültigkeit jenes Vertrags nur dann zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß jener Vertrag ohne den Schiedsvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. In der Regel ist der Schiedsvertrag kein wesentlicher Bestandteil des Hauptvertrags, so daß dieser trotz Ungültigkeit des Schiedsvertrags bestehen bleibt. [Vgl. RG. 8. Nov. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1056; Kohler eod. XXXI S. 482 nimmt an, daß der Hauptvertrag immer bestehen bleibe.]

§ 852.

Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

Mot. S. 472. KPr. S. 443, 593.

Vgl. § 40 Abs. 1. — Der Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse, z. B. aus einem Gesellschaftsvertrage, entspringen, ist gültig.

§ 853.

Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Betrag verlangen.

Mot. S. 472, 473. KPr. S. 443, 593.

Digitized by Google

1. Nach dem materiellen Rechte ist zu beurteilen, ob der Schiedsvertrag irgend welcher Form bedarf. Nach dem gem. Rechte, nach dem sächs. BGB., nach dem württembergischen und dem badischen Rechte (der § 1068 der bad. PrO. v. 1864 ist durch bad. Einf.-Ges. vom 3. März 1879 § 145 Nr. 1 aufgehoben) kann der Schiedsvertrag formlos geschlossen werden. Das preuß. ALG. I 5 § 131 fordert die schriftliche Errichtung, wenn der Gegenstand sich über 50 Thlr. beläuft (vgl. Entsch. d. ROHG. XVII S. 248 f.). Nach dem franz. Rechte (Code de proc. art. 1005) und nach bay. AG. z. CPrO. Art. 12 ist die Schriftform erforderlich. Hat der Schiedsvertrag als Bestandteil eines Handelsgeschäfts selbst die Natur eines Handelsgeschäfts, so ist wegen HGB. Art. 317 die Gültigkeit des Vertrags nicht durch die schriftliche Abfassung bedingt, auch wenn die Landesgesetze für Schiedsverträge eine Form vorschreiben. [So auch nordd. Prot. V S. 2226 f., Mot. z. Entw. III S. 472, ROHG. Entsch. XVII S. 249, XXIII S. 259, dazu vgl. Entsch. I S. 91, II S. 156, IV S. 137, IX S. 218 Note 6, RG. 8. Nov. 1882 Beitr. z. E. d. DR. XXVII S. 1057, Wilm. Levy N. 1, Gaupp II S. 635 N. 2 ꝛc. AM. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 504 N. 143.]

2. Auf Grund eines nach dem materiellen Rechte gültigen mündlichen Schiedsvertrags kann gemäß § 853 auf Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag bei den staatlichen Gerichten geklagt werden. Das Urteil, wodurch der Beklagte zur Errichtung einer schriftlichen Urkunde über einen Schiedsvertrag bestimmten Inhalts verurteilt worden ist, ersetzt nach § 779 die urkundliche Erklärung; vgl. Bem. Nr. 1 zu § 779. [AM. Gaupp II S. 635 und Hayum, die den § 774 für anwendbar halten; Levy Beitr. z. E. d. DR. XXXVII S. 186 meint, daß § 773 anwendbar sei.]

§ 854.

Ist in dem Schiedsvertrag eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

Mot. S. 473. KPr. S. 443, 503.

1. Ein Schiedsvertrag, worin der oder die Schiedsrichter noch nicht ernannt sind, war nach dem röm. Rechte gültig [Windscheid Pand. II § 416 N. 15—17, Wach Handb. I S. 69 N. 22, Mayer a. a. O. 36 ff.], nach dem kanonischen Rechte (c. 12 i. f. X. de arbitr. 1, 43) aber ungültig. Nach der CPrO. braucht der Schiedsvertrag weder die Person, noch die Zahl der Schiedsrichter anzugeben; auch kann bestimmt werden, daß ein Dritter die Schiedsrichter ernenne [vgl. RG. 11. April 1890 Entsch. XXVI Nr. 77 S. 374 f.]. Enthält der Vertrag keine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter oder ist die Bestimmung, daß ein Dritter den oder die Schiedsrichter ernenne, unausführbar, indem der Dritte die Ernennung nicht vollzieht, so sind die Vorschriften der §§ 854, 855 anzuwenden. Diese Vorschriften sind dispositives Recht; die Parteien können stets andere Modalitäten der Ernennung vereinbaren.

2. Ist in dem Schiedsvertrage bestimmt, daß die Parteien einen Schiedsrichter ernennen sollen, so ist weder § 854 noch § 855 anwendbar. Die Ausführbarkeit eines solchen Schiedsvertrags hängt davon ab, daß die Parteien sich über den Schiedsrichter einigen. Zunächst hat jede Partei zu versuchen, diese Einigung zu stande zu bringen, indem sie eine geeignete Person als Schiedsrichter vorschlägt. Lehnt der Gegner die Einigung ab, dann ist der Schiedsvertrag unausführbar und daher unwirksam. Beruft sich der Beklagte, der die Einigung vereitelte, gegenüber der vor dem staatlichen Gerichte erhobenen Klage auf den Vertrag, so kann ihm die exc. doli entgegengesetzt werden. [Vgl. RG. 17. Mai 1894 Entsch. XXXIII Nr. 61 S. 265.]

Digitized by Google

§ 855.

Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu thun.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gerichte ernannt.

Mot. S. 473, 474. KPr. S. 443, 593.

1. Die Zustellung durch Gerichtsvollzieher ist für die Aufforderung nicht vorgeschrieben. Die Aufforderung muß schriftlich geschehen. Berechnung der Frist s. § 200. Die Frist kann durch Vereinbarung verlängert oder abgekürzt werden.

2. Der Antrag auf Ernennung eines Schiedsrichters durch das Gericht wird gestellt durch Erhebung einer Klage gegen den Säumigen im ordentlichen Verfahren (§ 871). Nach Erhebung der Klage kann der Säumige die Ernennung nicht mehr nachholen, es sei denn, daß der Kläger dies gestattet. In dem Verfahren kann der Beklagte die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens bestreiten; die Ernennung erfolgt durch Urteil; sie kann nicht für einen späteren Zeitpunkt, auch nicht bis zur Rechtskraft des Urteils, vorbehalten werden [vgl. RG. 18. Okt. 1889 Beitr. z. E. d. DR. XXXIV S. 1185]. Das Urteil kann durch Berufung und Revision angefochten werden.

3. Der § 855 ist nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar, wenn die Ernennung des Schiedsrichters oder der Schiedsrechter nur einer Partei zusteht. Verweigert in einem solchen Falle die Partei die Ernennung, so kann sie zur Ernennung verurteilt und die Vollstreckung des Urteils nach § 774 versucht werden. Gelingt es nicht, die Partei zur Ernennung zu bestimmen, so ist der Schiedsvertrag nicht ausführbar.

4. Auf Schiedsverträge, die vor dem 1. Okt. 1879 geschlossen worden sind, ist der § 855 nicht anwendbar; vgl. Bem. Nr. 2 Abs. 2 vor § 851.

§ 856.

Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

KPr. S. 443, 593.

Der Zeitpunkt des Eintreffens bei dem Gegner ist entscheidend. Ein Widerruf gilt also nur, wenn er vor oder gleichzeitig mit der Anzeige bei dem Gegner eintrifft (vgl. HGB. Art. 321, nordd. Prot. V S. 2228). [Vgl. a. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 507].

§ 857.

Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem andern Grunde wegfällt oder die Übernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gerichte ernannt.

Mot. S. 473, 474. KPr. S. 443, 593.

1. Wenn ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder

Digitized by Google

die Übernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, so ist zu unterscheiden:

a) Der Schiedsrichter war im Schiedsvertrage ernannt; dann tritt nach § 859 Nr. 1 der Schiedsvertrag außer Kraft, sofern nicht für diesen Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist;

b) der Schiedsrichter war nicht im Schiedsvertrage, sondern gemäß §§ 854, 855 Abs. 1 von einer Partei oder gemäß §§ 855 Abs. 2, 857 von dem Gerichte für eine Partei ernannt, dann ist die Partei, die ihn ernannt hatte oder für die er von dem Gerichte ernannt war, gemäß § 857 von dem Gegner aufzufordern, binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen; nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem Gerichte ernannt. Die Fassung des § 857 ist insofern zu eng, als die Worte „die Partei, welche ihn ernannt hat" bloß auf den Fall passen, daß die Ernennung von der Partei ausging; aber die ratio legis ergiebt, daß § 857 auch auf den Fall anzuwenden ist, wenn die Ernennung für die säumige Partei vom Gerichte vollzogen wurde. Für den Antrag und die Entscheidung gilt das in Bem. Nr. 2 zu § 855 Gesagte;

c) der Schiedsrichte war nicht im Schiedsvertrage, sondern in einem nachfolgenden Vertrage von den Parteien gemeinschaftlich ernannt; dann ist der § 857 nicht anwendbar, denn die Vorschriften dieses Paragraphen passen nur für den Fall, daß der Schiedsrichter einseitig von einer Partei oder für eine Partei ernannt war [vgl. RG. 21. Mai 7. Juni 1889 SA. XLVI Nr. 162]. War der Zusatzvertrag in dem Sinne geschlossen, daß die gemeinschaftliche Ernennung der Schiedsrichter als integrierender Bestandteil des Schiedsvertrags gelten solle, so tritt mit Wegfall ꝛc. eines der ernannten Schiedsrichter (oder des ernannten Schiedsrichters) gemäß § 859 Nr. 1 der Schiedsvertrag außer Kraft; war dagegen der Zusatzvertrag nicht in diesem Sinne geschlossen (und das wird im Zweifel anzunehmen sein), so tritt der Zusatzvertrag außer Kraft, während der Schiedsvertrag bestehen bleibt, so daß jede Partei einen Schiedsrichter zu ernennen hat.

2. „Oder aus einem anderen Grunde wegfällt" — z. B. durch dauernde Erkrankung, insbesondere Geisteskrankheit, durch erfolgreiche Ablehnung (§ 858) ꝛc.

3. „Die Übernahme des Schiedsrichteramts verweigert". Zur Übernahme des Schiedsrichteramts ist niemand verpflichtet.

4. „Die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert". Über die Verpflichtungen, die aus der Übernahme des Schiedsrichteramts entstehen, entscheidet das Civilrecht; vgl. Bem. Nr. 3 vor § 851. — Eine Verweigerung der Ausführung im Sinne des § 857 liegt vor, sobald der Schiedsrichter einer Partei erklärt, daß er keinen Schiedsspruch abgeben wolle; es ist nicht erforderlich, daß er auf Ausführung verklagt worden ist und daß die Zwangsmaßregeln gegen ihn erschöpft sind. Von der Verweigerung ist die Verzögerung zu unterscheiden. Ungebührliche Verzögerung ist ein Grund, den nicht im Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichter abzulehnen (§ 858 Abs. 2) und entkräftet den Schiedsvertrag, wenn der Schiedsrichter im Vertrage ernannt war.

§ 858.

Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Digitized by Google

Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

Mot. S. 474, 475. KPr. S. 443, 568.

1. Die CPrO. stellt keine Regeln über die Befähigung zum Schiedsrichter auf. Aus dem Begriffe des Schiedsrichters als einer zum Entscheiden berufenen Person folgt jedoch, daß Personen, die in rechtlichen Angelegenheiten überhaupt als willensunfähig behandelt werden — Kinder und Geisteskranke — nicht Schiedsrichter sein können. Alle anderen Personen können Schiedsrichter sein. Aber die Parteien haben ein ausgedehntes Ablehnungsrecht. Der Unterschied zwischen Statuierung des Unfähigkeit und Zulassung der Ablehnung zeigt sich dem Erfolge nach wesentlich darin, daß der nach Erlassung des Schiedsspruchs bekannt gewordene Ablehnungsgrund nicht zur Anfechtung des Schiedsspruchs benutzt werden kann (Mot. S. 474). Niemand kann Schiedsrichter in eigener Sache sein. Dies folgt zwar nicht aus dem Wesen des Schiedsgerichts, war aber in l 51 D. de recept. 4, 8 ausdrücklich bestimmt; daß die CPrO. mit dieser Regel gebrochen hätte, ist umsoweniger anzunehmen, als der § 865 Parteien und Schiedsrichter als verschiedene Personen voraussetzt. [So auch Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXX S. 497. Vgl. a. RG. 12. April 1892 Entsch. XXIX Nr. 78 S. 320, wo die Vereinbarung, daß die Mitglieder eines Viehversicherungsvereins sich in streitigen Fällen der Entscheidung eines aus Mitgliedern des Vereins gebildeten Ausschusses zu unterwerfen haben, zunächst vom Standpunkte des franz. Civilrechts als ungültig erklärt wird.]

Der Schiedsvertrag auf eine juristische Person beruft zu Schiedsrichtern die jeweiligen gesetzlichen Vertreter, und zwar im Zweifel in der Weise, daß bei einem Wechsel in der Vertretung auch ein Wechsel im Schiedsrichteramte eintritt. Der Schiedsvertrag auf eine Behörde beruft die jeweilig diese Behörde bildenden Personen, aber nicht als Individuen, sondern in ihrer Organisation als Behörde. Daß eine Behörde zum Schiedsrichter ernannt werde, ist durch die CPrO. nicht ausgeschlossen; ob die Behörde das Schiedsrichteramt übernehmen kann und darf, ist für die Reichsbehörden nach dem Reichsrechte, für die Landesbehörden nach dem Landesrechte zu beurteilen. Ähnlich die Mot. S. 475. [Vgl. a. RG. 17. Jan. 1885 Entsch. XIII Nr. 110 S. 407.] Über die Übernahme des Schiedsrichteramts durch das Reichsgericht enthält die Gesch.Ordn. des RG. vom 25. Juli 1886 (Ztschr. f. d. CPr. X S. 442 ff.) § 14 Bestimmungen. Soweit nicht in den Landesgesetzen anderes bestimmt ist, ist davon auszugehen, daß Landesbehörden, insbesondere auch Gerichte, zur Übernahme des Schiedsrichteramts der Erlaubnis der vorgesetzten Behörde bedürfen.

Über Übertragung des Schiedsrichteramts in Streitigkeiten über das Urheberrecht an die auf Grund des RG. v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339) ernannten Sachverständigen s. das cit. RG. § 31.

2. Die Ablehnungsgründe s. §§ 41, 42. Da die Umstände des § 41 hier nur als Ablehnungsgründe in Betracht kommen, so kann auch die Ablehnung aus § 41 gemäß § 43 ausgeschlossen werden. Nicht bloß die nach §§ 854, 855 oder 857 von den Parteien oder dem Gerichte bestellten, sondern auch die im Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichter können abgelehnt werden, diese jedoch nur aus Gründen, die erst nach der Ernennung entstanden oder der Partei bekannt geworden sind. (Vgl. nordd. Entw. § 1161 Abs. 3.)

3. Das Ablehnungsgesuch kann sich dadurch erledigen, daß der abgelehnte Schiedsrichter zurück- und ein anderer mit Zustimmung beider Parteien an seine Stelle tritt. Die Ablehnung ist durch Klage bei dem in § 871 bezeichneten Gerichte geltend zu machen. Die Entscheidung erfolgt nach mündlicher Verhandlung in Urteilsform. Das schiedsrichterliche Verfahren kann unterdessen fortgesetzt werden (§ 863). Der in §§ 44 Abs. 1, 2, 3,

Digitized by Google

§§ 45—47 enthaltenen Vorschriften gelten nicht bei Ablehnung eines Schiedsrichters. Ist des Schiedsspruch unter Mitwirkung einer Person gefällt, die rechtzeitig (s. § 43) abgelehnt wurde, so kann die Frage, ob die Ablehnung begründet war, noch durch die Anfechtungsklage (§ 867 Nr. 1) oder durch eine Einrede gegenüber der Klage auf das Vollstreckungsurteil zur Entscheidung gebracht werden; bei begründeter Ablehnung ist der Schiedsspruch aufzuheben und der Antrag auf das Vollstreckungsurteil abzuweisen. [Vgl. RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 89 S. 349 ff.]

§ 859.

Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist;

1) **wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Übernahme des Schiedsrichteramts verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;**
2) **wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.**

Mot. S. 475, 476. KPr. S. 443, 593.

1. Zu Nr. 1: Vgl. die Bem. Nr. 1 zu § 857. — „Aus einem anderen Grunde wegfällt — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 857. — „Von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt" hat hier dieselbe Bedeutung, wie „die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert" in § 857; vgl. dazu Bem. Nr. 3 zu § 857. Auch bei berechtigtem Rücktritte eines Schiedsrichters findet der § 859 Anwendung. Die Weigerung, den Schiedsspruch zu unterschreiben, enthält den Rücktritt. [Vgl. RG. 13. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 79 S. 369 ff.]

2. Zu Nr. 2: Die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, daß die Schiedsrichter im Vertrage, wie für den Fall, daß sie nachträglich von den Parteien oder dem Gerichte ernannt sind. Einen Obmann können weder das Gericht noch die Schiedsrichter ernennen, wenn dies nicht im Vertrage bestimmt ist. Auch wenn sich nicht die erforderliche Majorität ergiebt (dazu vgl. Bem. zu § 806), tritt der Vertrag außer Kraft.

3. Bei dem nach § 871 zuständigen Gerichte kann ein Feststellungsurteil (§ 231) über das „Außer-kraft-getreten-sein" des Schiedsvertrags verlangt werden, wenn die Voraussetzungen des § 231 vorliegen. Gegen einen Schiedsspruch wäre die Anfechtung nach § 867 Nr. 1 möglich.

4. Durch Tod oder Konkurs einer Partei wird der Schiedsvertrag nicht aufgehoben. [Vgl. Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 524.]

§ 860.

Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

Mot. S. 476, 477. KPr. S. 443, 593.

1. Die Schiedsrichter sind weder an die Vorschriften des materiellen noch an die des Prozeßrechts gebunden. [Vgl. RG. 11. Apr. 1890 Entsch. XXVI Nr. 77 S. 376.] Sie

Digitized by Google

entscheiden ex aequo et bono und bestimmen das Verfahren nach ihrem freiem Ermessen. Eine Vereinbarung der Parteien, daß nach den Vorschriften dieses oder jenes Rechts entschieden werden solle, ist eine Anweisung für die Schiedsrichter; aber der Schiedsspruch kann nicht wegen Verletzung jener Vorschriften aufgehoben werden. Nicht anders steht es mit einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren. Die Schiedsrichter sind den Parteien gegenüber verbunden, sich nach solchen Vereinbarungen zu richten; aber die Aufhebung des Schiedsspruchs kann deswegen, weil das vereinbarte Verfahren nicht eingehalten wurde, nicht beantragt werden. Vgl. Bem. Nr. 1 Abs. 2 zu § 867.

2. Durch Vereinbarung kann bestimmt werden, daß den Parteien ein Rechtsmittel an eine höhere schiedsrichterliche Instanz zustehe, sowie daß die Einlegung des Rechtsmittels die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs nicht hemme [RG. 11. Febr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 102 S. 390]. Auf das Schiedsgericht der höheren Instanz finden die Bestimmungen dieses Buchs, insbesondere auch die §§ 854—859, Anwendung [RG. 7. März 1887 Entsch. XVII Nr. 109 S. 435]. — Der Schiedsspruch kann weder durch die Rechtsmittel der CPrO. noch durch die Nichtigkeitsklage (§ 542) angefochten werden; eine darauf gerichtete Vereinbarung ist ungültig [Mot. S. 475, ROHG. Entsch. II S. 165 RG. 11. Febr. 1882 citiert in Entsch. XIII S. 430, 20. Apr. 1885 XIII Nr. 119 S. 430, 7. März 1887 XVII Nr. 109 S. 434, OLG. Karlsruhe SA. XXXVII Nr. 176]. Der ganze Schiedsvertrag, der eine solche Vereinbarung enthält, ist ungültig, weil der Vorbehalt der Rechtsmittel nicht ausführbar, aber ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags ist. [Vgl. RG. 11. Febr. 1882 cit. in Entsch. XIII S. 430, wo ein vor dem 1. Okt. 1879 geschlossener Schiedsvertrag mit dem nach dem früheren Rechte gültigen Vorbehalte der Rechtsmittel wegen Unausführbarkeit des Vorbehalts für hinfällig erklärt wird; mit einem unter der Herrschaft der CPrO. geschlossenen Vertrage steht es nicht anders. Vgl. a. OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 361.]

3. Die Bestimmungen der CPrO. über die Folgen der partiellen (§ 208) und der totalen (§§ 295, 296) Versäumnis gelten nicht im schiedsrichterlichen Verfahren. Die Motive bemerken:

„Die Nichteinlassung einer Partei darf auf die Verpflichtung der Schiedsrichter keinen Einfluß üben, das Sachverhältnis, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, zu ermitteln, unbeschadet ihrer Befugnis, bei Feststellung des Sach- und Streitstandes auf die Nichteinlassung der einen Partei die nach den Umständen des Falls gerechtfertigte Rücksicht zu nehmen (Mot. z. preuß. Entw. S. 333, nordd. Prot. V S. 2233)."

4. Die Freiheit der Schiedsrichter in Bezug auf das Verfahren wird eingeschränkt: a) durch die Vorschrift, daß die Parteien vor Erlassung des Schiedsspruchs zu hören seien (§§ 860, 867 Nr. 4). Es genügt, daß den Parteien Gelegenheit dazu gegeben wurde, den Schiedsrichtern das, was ihnen erforderlich scheint, vorzutragen; es kommt nicht darauf an, daß die Parteien erschienen sind, wenn sie nur zum Erscheinen aufgefordert wurden [RG. 13. Dez. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 451, 17. Juni 1889 Entsch. XXIII S. 434 f., OLG. Hamburg SA. XL Nr. 267, OLG. Jena SA. XLIV Nr. 78]. Die Parteien können die Schiedsrichter von der Vorschrift des rechtlichen Gehörs entbinden (arg. § 867 Abs. 2, Mot. S. 477); b) durch die Vorschrift, daß die Parteien in dem Verfahren nach dem Gesetze vertreten sein müssen (§ 867 Nr. 3); c) durch die Vorschrift, daß der Schiedsspruch schriftlich abgefaßt, den Parteien zugestellt, auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt und mit Gründen versehen werden müsse (§§ 865, 867 Nr. 5).

5. Eine Widerklage kann bei dem Schiedsgerichte nur erhoben werden, wenn die Rechtsstreitigkeit, die den Gegenstand der Widerklage bildet, vor dasselbe Schiedsgericht gehört.

Digitized by Google

§ 861.

Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erschienen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieides sind die Schiedsrichter nicht befugt.

Mot. S. 477, 478. KPr. S. 443—445, 593.

1. Weigert sich ein Zeuge oder Sachverständiger, dessen Vernehmung das Schiedsgericht für notwendig hält, zu erscheinen oder das Zeugnis oder Gutachten abzugeben, so hat sich das Schiedsgericht auf den Ausspruch zu beschränken, daß und worüber der Zeuge oder Sachverständige vernommen werden solle. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 862.

2. Eide sollen nicht, auch nicht bei Einverständnis der Parteien, von dem Schiedsgerichte abgenommen werden. Jedoch kann ein Schiedsspruch deswegen, weil ein Eid durch das Schiedsgericht abgenommen wurde, nicht angefochten werden. Die Begründung und die Litteratur s. Bem. Nr. 2 Abs. 2 zu § 867. — Erachtet das Schiedsgericht einen Zeugen- oder einen Parteieid für nötig, so hat es sich auf den Ausspruch zu beschränken, daß und worüber der Zeuge eidlich vernommen oder die Partei beeidigt werden solle. Das weitere Verfahren s. Bem. Nr. 1 zu § 862.

§ 862.

Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

Mot. S. 477, 478. KPr. S. 443—445, 593.

1. Hat das Schiedsgericht die Vernehmung eines Zeugen oder die Abnahme eines Eides angeordnet, so ist es Sache der Parteien, bei dem staatlichen Gerichte die Ausführung zu veranlassen. Hierzu sind beide Parteien, nicht die Schiedsrichter, befugt. Wurde die betreffende richterliche Handlung auf Antrag eines Schiedsrichters vorgenommen, so ist das zwar ein unrichtiges Verfahren, aber der Schiedsspruch kann nicht deswegen angefochten werden [OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 278]. Welches Gericht zuständig ist, ergiebt der § 871; es kommt also zunächst das in dem schriftlichen Schiedsvertrage, eventuell das nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung berufene Gericht in Betracht. [So auch die meisten Kommentare, jetzt auch Struckm. Koch (6) N. 2. Abw. Hellmann III S. 217, der nur das nach gesetzlicher Ordnung berufene Gericht, und A. Förster N. 2, der das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Beweisaufnahme erfolgen soll, für zuständig hält.] Die Entscheidung des Gerichts kann nur nach mündlicher Verhandlung erfolgen; denn es ist nicht, wie in den Bem. Nr. 6 zu § 119 zusammengestellten Fällen, eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugelassen; folglich greift der Grundsatz des § 119 ein. Daran, daß § 119 von der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte spricht, darf man nicht Anstoß nehmen; denn das Gericht hat hier zu erkennen, sc. über die Zulässigkeit der beantragten richterlichen Handlung. Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über den Antrag. Geht der Antrag an ein Landgericht, so unterliegt er dem Anwaltszwange; geht er an ein Amtsgericht, so stehen die Formen der §§ 457, 461 zur

Digitized by Google

Wahl. Die Erheblichkeit der vom Schiedsgerichte beschlossenen Beweisaufnahme wird von dem Gerichte nicht geprüft. Die Kognition betrifft die Zulässigkeit der Beweisaufnahme, z. B. einer Zeugenvernehmung mit Rücksicht auf die Zeugnisfähigkeit oder der Abnahme eines Eides mit Rücksicht auf die Eidesfähigkeit. Auch kann in diesem Verfahren die Frage, ob die betreffende Anordnung in einem zulässigen schiedsrichterlichen Verfahren erlassen sei, zur Verhandlung und Entscheidung gebracht werden. Die Entscheidung ergeht, weil sie auf Grund einer obligatorischen mündlichen Verhandlung erfolgt, in Urteilsform. Gegen die Entscheidung ist Berufung und Revision statthaft. Bei Ausbleiben des Antragstellers ist nach Analogie des § 295 der Antrag durch Versäumnisurteil abzuweisen, bei Ausbleiben des Gegners ist nach § 296 zu entscheiden. Gegen das Vers.Urt. ist der Einspruch zulässig. [Vgl. Struckm. Koch N. 2, Petersen (2) S. 1175, v. Sarwey II S. 364, Kleiner III S. 352. AM., nämlich für Entscheidung ohne obligatorische mündl. Verh. durch Beschluß und für Anfechtbarkeit des Beschlusses durch Beschwerde: Wilm. Levy N. 1 Abs. 3, A. Förster N. 4, Puchelt II S. 752, Endemann III S. 472, Hellmann Komm. III S. 217 und Lehrb. S. 1023, Fitting Lehrb. (7) S. 851 N. 18, Mayer a. a. O. S. 87, während Gaupp II S. 645 bei N. 5 zwar mündliche Verhandlung für notwendig, aber die Entscheidung für einen Beschluß und diesen für unanfechtbar erachtet.]

2. Hat das Gericht die Vornahme einer richterlichen Handlung angeordnet, so erfolgt nach Rechtskraft der Entscheidung die Beweisaufnahme nach den allgemeinen Regeln. Unter den allgemeinen Voraussetzungen kann die Beweisaufnahme einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden. Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen erfolgt nach § 342. Im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens wird nach §§ 355, 374, im Falle des Ausbleibens eines Zeugen oder Sachverständigen nach §§ 345, 374 verfahren. Bleibt die Partei, die einen Eid leisten soll, im Schwurtermine aus, so ist kein Versäumnisurteil nach § 430 zu erlassen; vielmehr ist das Nichterscheinen einfach zu konstatieren; das Schiedsgericht hat dann zu ermessen, was daraus zu folgern ist.

3. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 34 Nr. 3, 39 Abs. 1; GO. f. RA. §§ 22, 91 Abs. 2.

§ 863.

Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei.

Mot. S. 478. KPr. S. 415, 598.

Die definitive Entscheidung über die Fragen, ob ein rechtsgültiger Schiedsvertrag bestehe, ob der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit beziehe, ob ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen befugt, d. h. ob er richtig bestellt und ob eine Ablehnung unbegründet sei, steht dem Gerichte (§ 871) zu. Vor Erlassung des Schiedsspruchs kann die gerichtliche Entscheidung dieser Fragen durch Feststellungs- (§ 231) oder Ablehnungsklage, nach Erlassung des Schiedsspruchs durch Einrede gegen die Vollstreckbarkeit (§ 868 Abs. 2) oder Aufhebungsklage (§ 867 Nr. 1) erlangt werden. Wäre der Partei gestattet, durch die Behauptung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens rc. dessen Fortgang zu hemmen, so würde die Verzögerung aus Chikane jederzeit möglich sein. Die CPrO. stellt es daher in das Ermessen des Schiedsgerichts trotz jener Behauptung das Verfahren fortzusetzen und den Schiedsspruch zu erlassen (nordd. Prot. V S. 2231 f.).

Digitized by Google

§ 864.

Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern zu erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein Anderes bestimmt.

KPr. S. 445, 593.

Vgl. GVG. § 198 Abs. 1. Die Bestimmung des GVG. § 198 Abs. 1 über Stimmenzuzählung bei Abstimmung über Summen ist auf die Schiedsrichter anwendbar, da sie aus dem Begriffe der Majorität folgt [vgl. Wilm. Levy N. 2 zu § 859. AM. Mayer a. a. O. S. 91]. — Die Parteien können größere als absolute Majorität bis zur Einstimmigkeit oder auch relative Majorität vereinbaren. — Ergiebt sich nicht absolute oder nicht die von den Parteien vereinbarte Majorität, so tritt der Schiedsvertrag außer Kraft (§ 859 Nr. 2).

§ 865.

Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen, und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

Mot. S. 478. KPr. S. 445, 593.

1. Aus § 865 ergiebt sich, daß der Schiedsspruch niedergeschrieben werden muß. Daß auch die Gründe schriftlich redigiert werden müssen, ergiebt § 867 Nr. 5. Zur Perfektion des Schiedsspruchs gehört ferner die Unterschrift aller Schiedsrichter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben. Wenn ein Schiedsrichter vor der Unterschrift stirbt oder unfähig wird, zu unterschreiben, oder wenn ein Schiedsrichter seine Unterschrift verweigert, so ist kein gültiger Schiedsspruch vorhanden. [Vgl. RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 400, 13. April 1887 XVIII Nr. 79 S. 369 ff.]

2. Die Zustellung des Schiedsspruchs erfolgt auf Betreiben der Schiedsrichter nach den Regeln der §§ 152 ff.; es genügt, wenn einer von mehreren Schiedsrichtern im Auftrage oder mit Genehmigung der übrigen zustellen läßt [OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 332 ff.]. Die auf Betreiben einer Partei erfolgte Zustellung des Schiedsspruchs an die Gegenpartei genügt dem Gesetze nicht. [AM. Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 282 ff.] Den beiden Parteien oder ihren für das schiedsrichterliche Verfahren bestellten Bevollmächtigten muß eine von den Schiedsrichtern selbst unterschriebene Ausfertigung ordnungsmäßig zugestellt werden; die Zustellung einer (wenn auch beglaubigten) Abschrift ist nicht ordnungsmäßig. Die ordnungsmäßige Zustellung der Ausfertigung gehört zur Perfektion des Schiedsspruchs; daher kann kein Vollstreckungsurteil (§ 868) erlassen werden, bevor die ordnungsmäßige Zustellung erfolgte. Aber diese kann noch nach Erhebung der Klage auf Vollstreckungsurteil nachgeholt werden. [Vgl. RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 400 ff., 29. Apr. 1885 XIII Nr. 119 S. 431, 13. Dez. 1886 Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 451, 13. Apr. 1887 Entsch. XVIII Nr. 79 S. 369 ff., 25. Apr. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 157.]

3. Die Urschrift des Schiedsspruchs einschließlich der Gründe muß mit den Urkunden, aus denen die Zustellung an beide Parteien hervorgeht, von den Schiedsrichtern auf der Gerichtsschreiberei des in § 871 bezeichneten Gerichts niedergelegt werden. Es genügt, wenn der Schiedsspruch von einem der mehreren Schiedsrichter im Auftrage oder mit Genehmigung der anderen niedergelegt wird [RG. 21. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 432 ff. und SA. XLIII Nr. 83, OLG. Dresden Sächs. Arch. II S. 332 ff.]. Die Nieder-

Digitized by Google

legung gehört zur Perfektion des Schiedsspruchs, ist daher Voraussetzung eines Vollstreckungsurteils, kann aber nach Erhebung der Klage nachgeholt werden [RG. 21. März 1887 SA. XLIII Nr. 83, 25. Apr. 1894 Beitr. z. E. d. DR. XXXIX S. 157].

4. Das um das Vollstreckungsurteil (§ 868) angegangene Gericht muß von Amtswegen prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt, und die Klage abweisen, wenn die Vorschriften des § 865 nicht beobachtet sind. [Vgl. Möller Ztschr. f. d. CPr. V S. 281 ff., RG. 21. März 1887 Beitr. z. E. d. DR. XXXII S. 435 und SA. XLIII Nr. 83, 11. Febr. 1888 SA. XLIV Nr. 77. AM. Heilblut Arch. f. c. Pr. LXIX S. 411 ff.] — Über ausländische Schiedssprüche, die den Vorschriften des § 865 nicht entsprechen, s. Bem. Nr. 3 zu § 868.

§ 866.

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Mot. S. 478. KPr. S. 445, 593.

1. Welche Wirkungen ein gerichtliches Urteil hat, ergiebt sich aus dem Civilrechte; vgl. Bem. Nr. 5 zu § 293. Die Vollstreckung des Schiedsspruchs ist erst auf Grund des Vollstreckungsurteils (§ 868) zulässig. Die Einrede der abgeurteilten Sache kann auf Grund des Schiedsspruchs erhoben werden, ohne daß ein Vollstreckungsurteil erlassen ist; jedoch erst wenn den Vorschriften des § 865 genügt ist [vgl. RG. 11. Febr. 1888 SA. XLIV Nr. 77]. Gegen die Einrede der abgeurteilten Sache greift die Replik durch, daß der Schiedsspruch aus einem der in § 867 angeführten Gründe aufzuheben sei. Diese Replik ist jedoch nicht mehr zulässig, wenn die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs nach §§ 869, 870 ausgeschlossen ist. Die Wirkungen des Schiedsspruchs beschränken sich auf die Parteien und ihre Rechtsnachfolger.

2. Die Bestimmungen des § 293 über den Umfang der Wirkungen des rechtskräftigen Urteils finden auf den Schiedsvertrag entsprechende Anwendung.

3. Über Revision wegen unrichtiger Auslegung eines Schiedsspruchs s. RG. 26. Jan. 1883 Entsch. VIII Nr. 113 S. 378.

§ 867.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

1) **wenn das Verfahren unzulässig war;**
2) **wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, deren Vornahme verboten ist;**
3) **wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;**
4) **wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;**
5) **wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;**
6) **wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des § 543 die Restitutionsklage stattfindet.**

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter Nr. 4, 5 erwähnten Gründen nicht statt, wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben.

Mot. S. 478, 479. KPr. S. 445, 593.

1. § 867 enthält alle Gründe, aus denen die Aufhebung eines Schiedsspruchs beantragt werden kann. Die Aufhebungsgründe sind durch Klage bei dem in § 871 be-

Digitized by Google

zeichneten Gerichte oder verteidigungsweise in dem Verfahren über Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 868) geltend zu machen; sie können auch als Replik gegen die auf den Schiedsspruch gestützte exc. rei iudicatae geltend gemacht werden (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 866). Wegen Ausschlusses der Aufhebungsgründe Nr. 1—5 durch das Vollstreckungsurteil s. § 869. — Der Aufhebungsgrund ist in der Klageschrift als Klagegrund anzugeben; seine thatsächliche Substanzierung kann nachgeholt werden. Das Vorbringen eines anderen Aufhebungsgrundes ist eine Änderung der Klage [RG. 17. Juni 1889 Entsch. XXIII Nr. 102 S. 432 ff.]. Das Urteil entscheidet nur über den vorgebrachten Anfechtungsgrund. Der Kläger ist nicht genötigt, alle ihm bekannten Aufhebungsgründe auf einmal vorzubringen; er kann wegen eines anderen Aufhebungsgrundes eine neue Klage erheben. Nur der mit der Klage auf das Vollstreckungsurteil Belangte muß bei Meidung des Ausschlusses alle ihm bekannten Aufhebungsgründe vorbringen (arg. § 869).

2. Zu Nr. 1: Das Verfahren war unzulässig: a) wenn der Schiedsvertrag ungültig (nichtig oder anfechtbar) ist; b) wenn der Schiedsvertrag durch Vereinbarung oder sonstwie (§ 859) außer Kraft getreten war; c) wenn der Schiedsvertrag sich nicht auf die entschiedene Streitsache bezieht. [Vgl. a. RG. 20. Jan. 1883 Entsch. XIII Nr. 113 S. 379, wo ausgesprochen ist, daß ein Schiedsspruch deswegen, weil er über Fragen entschied, die dem Schiedsgerichte nicht durch die schriftlichen Anträge der Parteien, wohl aber nach dem Protokolle in der Verhandlung vorgelegt wurden, nicht angefochten werden könne]; d) wenn eine gesetzliche Vorschrift oder eine Vereinbarung über die Besetzung des Schiedsgerichts verletzt worden ist. Hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß ein mit Grund abgelehnter Schiedsrichter bei dem Schiedsspruche mitgewirkt [RG. 7. Febr. 1885 Entsch. XIII Nr. 89 S. 360] oder ein berufener Schiedsrichter nicht mitgewirkt hat.

Die Unzulässigkeit des Verfahrens kann als Aufhebungsgrund geltend gemacht werden, auch wenn sie vor dem Schiedsgerichte nicht geltend gemacht war. Die vorbehaltslose Einlassung vor dem Schiedsgerichte enthält weder eine Vereinbarung, wodurch das Schiedsgericht zuständig geworden wäre, noch einen Verzicht auf die Geltendmachung der Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens vor dem staatlichen Gerichte. [AM. RG. 17. Jan. 1891 Entsch. XXVII Nr. 98 S. 378 und 11. Febr. 1892 XXIX Nr. 102 S. 391 f. Gegen diese Urteile: Wilm. Levy (6) N. 2 Abs. 2, Gaupp II S. 653 bei N. 22.]

Auf Verletzung einer vereinbarten oder gesetzlichen Regel des schiedsrichterlichen Verfahrens (vgl. Bem. Nr. 1 zu § 861) kann der Antrag auf Aufhebung nicht gegründet werden. Der § 867 ist zurückzuführen auf § 1378 des preuß. Entw. (1864), dessen Nr. 1 lautete:

> „Das rechtskräftige schiedsrichterliche Urteil unterliegt der Vernichtung: 1) wenn ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestanden hat oder der Schiedsvertrag auf den entschiedenen Rechtsstreit sich nicht bezieht, oder hinsichtlich der Besetzung des Schiedsgerichts eine gesetzliche Vorschrift oder eine Bestimmung des Schiedsvertrags verletzt ist."

Aus dieser Fassung ging deutlich hervor, daß der Schiedsspruch wegen Verletzung einer gesetzlichen oder vereinbarten Regel des Verfahrens nicht vernichtet werden kann. Die nordd. Komm. veränderte die Fassung entsprechend dem Wortlaute des § 867, ohne daß die Absicht, eine sachliche Änderung vorzunehmen, irgendwie ersichtlich ist. Im Gegenteile, ein Antrag, die Anfechtung wegen Hinausgehens des Schiedsrichters über die Bestimmungen des Schiedsvertrags „in Ansehung der Prozedur oder sonst" zu gestatten, wurde abgelehnt. Dabei wurde allerdings erwähnt, daß der Antrag zum Teil unter Nr. 1 falle. Dies „zum Teil" bezieht sich auf die Worte „oder sonst" des Antrags. S. nordd.

Digitized by Google

Entw. § 1172 Nr. 1 und Prot. V S. 2237—2239, 2282, 2283. Auch in den Mot. des Entw. I S. 526 ist noch der Standpunkt des preuß. Entw. festgehalten. Von Aufhebung wegen Verletzung einer Vereinbarung über das Verfahren ist nicht die Rede. In den Mot. zu Entw. II S. 621 und zu Entw. III (S. 479) findet sich aber folgende Äußerung:

„Ferner ist es erforderlich, zu gestatten, daß die Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens einer Prüfung durch das zuständige Gericht unterzogen werde. Denn da der Schiedsspruch seine Kraft nicht der Autorität eines durch den Staat eingesetzten Gerichts sondern der Vereinbarung der Parteien entnimmt, so hängt seine Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs entspricht. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist dem Schiedsspruche die Grundlage entzogen."

Diese Äußerung kann so verstanden werden, als ob jede Verletzung einer gesetzlichen oder vereinbarten Regel des Verfahrens vor dem rite konstituierten Schiedsgericht zur Anfechtung berechtigte. Sie kann aber auch in dem Sinne verstanden werden, daß das schiedsrichterliche Verfahren als solches der Vereinbarung und dem Gesetze entsprechen müsse. Was aber auch die Verfasser dieser Motivenstelle gemeint haben mögen, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Vergleichung des § 863, wo „Unzulässigkeit" des Verfahrens, die Ordnungswidrigkeit einzelner Prozeßakte nicht mitumfassen kann, sprechen für die vorgetragene Ansicht. Dazu kommt noch folgendes Argument: nachdem der § 860 anordnet, daß die Parteien gehört werden, wäre es überflüssig, die Versagung des Gehörs als besonderen Anfechtungsgrund zu nennen, wenn die Verletzung jeder gesetzlichen Vorschrift über das Verfahren schon die Aufhebung aus Nr. 1 nach sich zöge. [So auch Struckm. Koch N. 2, Gaupp II S. 651 f., Petersen (2) S. 1163, A. Förster N. 3, Wach Handb. I S. 76 f., OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 298 S. 481. AM. Wilm. Levy N. 2 zu § 867, N. 1 zu § 861, Puchelt II S. 759, Endemann III S. 481, Mayer a. a. O. S. 100, RG. 2. Juli 1889 Entsch. XXIV Nr. 87 S. 397 ff. Vgl. a. v. Amsberg in Komm. Prot. S. 445, der bei Verletzung des § 861 Abs. 2 die Aufhebungsklage als zulässig erklärte, was unrichtig sein dürfte.]

3. Zu Nr. 2: Vgl. Bem. Nr. 4 zu § 661. Es wurde vergessen, die Nr. 2 des § 867 der neuen Redaktion der Nr. 2 des § 661 anzupassen. Der Sinn ist wohl der gleiche.

4. Zu Nr. 3: Vgl. Bem. Nr. 6 zu § 513 und Bem. Nr. 4 zu § 542.

5. Zu Nr. 4: Darüber, wann den Parteien das rechtliche Gehör gewährt ist, s. Bem. Nr. 4 litt. a zu § 860.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 8 zu § 513. Darauf, daß die Gründe nicht zutreffend oder nicht erschöpfend seien, kann die Anfechtung nicht gestützt werden [RG. 26. Jan. 1883 SA. XXXIX Nr. 76].

7. Zu Nr. 6: Über Restitutionsklage aus § 543 Nr. 2 s. RG. 20. Sept. 1893 Sächs. Arch. III S. 586 f. — Die Anfechtung aus § 543 Nr. 7 ist ausgeschlossen, da die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen eines neu aufgefundenen Urteils oder einer aufgefundenen Urkunde zu einer Beurteilung des Rechtsstreits durch das staatliche Gericht führen müßte (Mot. S. 478).

8. Wurde der Schiedsspruch aufgehoben, weil das Schiedsgericht nicht richtig besetzt war (vgl. Bem. Nr. 2 litt. d), so kann das richtig besetzte Schiedsgericht um den Schiedsspruch angegangen werden. Erfolgte die Aufhebung wegen eines Mangels des Verfahrens (§ 867 Nr. 3—6), so kann dasselbe Schiedsgericht um einen neuen Schiedsspruch angegangen werden. Der Schiedsvertrag ist weder dadurch, daß ein unrichtiges Schiedsgericht ange-

Digitized by Google

gangen war, noch dadurch, daß vor dem Schiedsgerichte ein mangelhaftes, daher nicht zu einem gültigen Spruche führendes Verfahren stattfand, erledigt oder aufgehoben, wenn dies nicht besonders ausgemacht wurde. [Vgl. OLG. Frankfurt SA. XLIX Nr. 140. AM. RG. 30. Nov. 1889 SA. XLVI Nr. 163, dem sich Struckmann Koch (6) N. 10, Wilm. Levy (6) N. 1 und Gaupp II S. 651 N. 1 anschließen.]

§ 868.

Aus dem Schiedsspruche findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist.

Das Vollstreckungsurteil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann.

Mot. S. 179. KPr. S. 445, 593.

1. Gleich dem ausländischen Urteile bedarf der Schiedsspruch zur Vollstreckbarkeit in Deutschland des Vollstreckungsurteils. Dieses ist auch nötig zum Eintritte einer Urteilswirkung nach § 779 (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 779). Das Vollstreckungsurteil kann auch zu der vom Schiedsgerichte getroffenen Entscheidung über die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens verlangt werden, selbst wegen der Kosten allein [vgl. RG. 8. Mai 1886 Entsch. XIX Nr. 80 S. 407]. Die Kostenfestsetzung liegt dem Schiedsgerichte ob. Das Vollstreckungsurteil ist durch Klage bei dem zuständigen Gerichte (§ 871) zu beantragen. Die Entscheidung erfolgt nach mündlicher Verhandlung durch Urteil. Auf das *Verfahren* findet Bem. Nr. 4 zu § 660 entsprechende Anwendung.

2. Das Gericht hat zunächst zu prüfen, ob ein formell perfekter Schiedsspruch vorliegt; vgl. Bem. Nr. 4 zu § 865. Ist kein perfekter Schiedsspruch vorhanden, so ist die Klage angebrachtermaßen abzuweisen. Über Nachholungen während des Prozesses s. Bem. Nr. 2, 3 zu § 865. Liegt ein formell perfekter Schiedsspruch vor, so muß das Vollstreckungsurteil erteilt werden, es wäre denn, daß ein Grund vorläge, aus dem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann (§ 867), oder daß eine noch im Vollstreckungsverfahren zulässige, den Anspruch selbst betreffende Einwendung (§ 686) vorgebracht und begründet befunden würde. Bezüglich des Aufhebungsgrundes des § 867 Nr. 1 ist zu unterscheiden, ob die Unzulässigkeit des Verfahrens auf einer die Verfügung der Partei ausschließenden oder auf einer sie zulassenden Rechtsnorm beruht. Ersterenfalls, z. B. wenn der Schiedsvertrag einen Streitgegenstand betrifft, über den kein Vergleich geschlossen werden kann, ist die Unzulässigkeit von Amtswegen, anderenfalls, z. B. wenn bei der Wahl der Schiedsrichter inkorrekt verfahren worden ist, ist sie nur auf Antrag zu beachten. Der Aufhebungsgrund § 867 Nr. 2 muß stets von Amtswegen beachtet werden. Die Aufhebungsgründe § 867 Nr. 3—6 können nur berücksichtigt werden, wenn sie von der Partei geltend gemacht werden; denn die Aufhebungsgründe Nr. 3—5 unterliegen dem Verzichte und Restitutionsgründe (Nr. 6) sind überhaupt nur auf Parteiantrag zu berücksichtigen. — Die Richtigkeit des Schiedsspruchs ist nicht Gegenstand der gerichtlichen Prüfung.

Wird die Klage auf das Vollstreckungsurteil abgewiesen, weil ein Aufhebungsgrund vorliegt, so bedarf es keiner Aufhebungsklage mehr, um den Schiedsspruch zu beseitigen [RG. 30. Nov. 1889 SA. XLVI Nr. 163].

3. Zu einem Schiedsspruche, der im Auslande gefällt worden ist, kann ein Vollstreckungsurteil im Inlande erlassen werden, *wenn* bei einem inländischen Gerichte ein Gerichtsstand nach § 871 begründet ist. Das Vollstreckungsurteil ist zur Vollstreckung des Schiedsspruchs im Inlande erforderlich, auch wenn ein ausländisches Gericht auf Grund ähnlicher Bestimmungen, wie sie die deutsche CPrO. enthält, die Zulässigkeit der Voll-

Digitized by Google

streckung bereits ausgesprochen hat [vgl. RG. 10. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 101 S. 369]. Das inländische Gericht hat das Vollstreckungsurteil nur zu erteilen, wenn der Schiedsvertrag, worauf das schiedsrichterliche Verfahren beruht, sowohl nach dem ausländischen als auch nach dem inländischen Rechte (§ 851) zulässig war; denn die Erteilung des Vollstreckungsurteils beruht auf Ausschließung der richterlichen Kognition über die schiedsgerichtlich entschiedene Rechtsstreitigkeit; ob aber die Kognition des inländischen Gerichts durch einen konkreten Vertrag ausgeschlossen werden kann, ist nach dem inländischen Rechte zu bemessen. Ob der Vertrag einer Form bedarf, ist nach dem am Orte des Vertragsschlusses geltenden Rechte zu beurteilen. Für das Verfahren vor dem ausländischen Schiedsgerichte sowie für die Form des im Auslande gefällten Schiedsspruchs ist das am Orte des Schiedsgerichts geltende Recht maßgebend. Nach dem ausländischen Rechte ist also zu beurteilen, ob die Schiedsrichter richtig bestellt, ob sie zum Schiedsrichteramte befähigt waren, ob das Verfahren den Gesetzen entsprach, ob die Schiedsrichter bei Stimmengleichheit sich einen Obmann wählen durften, welche Majorität zum Zustandekommen eines Schiedsspruchs erforderlich ist, ob der Schiedsspruch von allen Schiedsrichtern unterschrieben werden muß, ob der Schiedsspruch den Parteien zugestellt und ob er bei Gericht oder bei einer anderen Behörde niedergelegt werden muß, ob er mit Rechtsmitteln bei ausländischen Gerichten anfechtbar ist ꝛc. Das Vollstreckungsurteil darf nicht erteilt werden, wenn der ausländische Schiedsspruch nach dem ausländischen Rechte noch durch Rechtsmittel anfechtbar ist. Der § 868 Abs. 2 findet auf den ausländischen Schiedsspruch entsprechende Anwendung; denn die Voraussetzungen, unter denen das inländische Gesetz die staatliche Rechtshülfe des Inlands zur Vollstreckung von Schiedssprüchen überhaupt gewährt, müssen auch bei einem ausländischen Schiedsspruche erfüllt sein. Die Bestimmungen des § 661, insbesondere auch das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Vollstreckung, finden auf Schiedssprüche keine Anwendung. Über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vgl. Gaupp II S. 654 N. 3, Haarmann Ztschr. f. d. CPr. I S. 384 f., Kohler Beitr. z. E. d. DR. XXXI S. 489 ff., Wach I S. 249 f., v. Bar Theorie u. Praxis d. internat. PrR. (2) II § 468 S. 537, RG. 5. Nov. 1881 Entsch. V Nr. 114 S. 397 ff., 10. Dez. 1892 Entsch. XXX Nr. 111 S. 368, OLG. Dresden Sächs. Arch. IV S. 359. Das RG., das OLG. Dresden und Gaupp a. a. O. nehmen an, daß ein Vollstreckungsurteil nicht erlassen werden könne, wenn den Vorschriften des § 865 nicht genügt sei. Das RG. Entsch. XXX Nr. 111 hält in solchem Falle eine Klage auf Erfüllung des ausländ. Schiedsspruchs für zulässig.

4. Wegen der Gebühren s. GKG. §§ 26 Nr. 8 und 28, GO. f. RA. § 20.

§ 869.

Nach Erlassung des Vollstreckungsurteils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den im § 867 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

1. Die Motive bemerken: „Für die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist eine Frist nicht bestimmt. Wird dagegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils erhoben, so müssen die Aufhebungsgründe des § 867 in dem Prozesse rechtzeitig vorgebracht werden, widrigenfalls sie verloren sind. Diese aus § 868 Abs. 2 und § 869 sich ergebende Vorschrift beruht auf denselben Erwägungen, die die Bestimmung des § 686 Abs. 2 veranlaßt haben. Eine Ausnahme war in betreff der Aufhebungsgründe des § 867 Nr. 6 wegen der Eigentümlichkeit derselben geboten; die Regelung ist in den §§ 869, 870 im Anschlusse an die §§ 545, 549, 835 erfolgt."

Digitized by Google

Über die entsprechende Anwendung des § 869 auf die Replik gegen die auf den Schiedsspruch gestützte exc. rei iud. s. Bem. Nr. 1 zu § 866.

2. Die in § 686 bezeichneten Einwendungen können auch nach Erlassung des Vollstreckungsurteils durch Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung nach § 686 geltend gemacht werden. Vgl. Bem. Nr. 1 a. E. zu § 686.

§ 870.

Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist im Falle des vorstehenden Paragraphen binnen der Notfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurteils. Nach Ablauf von zehn Jahren von dem Tage der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Aufhebung des Vollstreckungsurteils auszusprechen.

Mot. S. 479, 480. KPr. S. 445, 593.

1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 869. Nur für die aus § 867 Nr. 6 zu begründende Klage nach Erlassung des Vollstreckungsurteils gelten die Vorschriften des § 870. — Einstweilige Anordnungen können sowohl nach Analogie des § 647 wie als Provisorien nach § 819 erlassen werden.

2. Die Bemerkungen Nr. 4 und 2 zu § 549 finden hierher entsprechende Anwendung.

3. Über die entsprechende Anwendung des § 870 auf die Replik gegen die auf den Schiedsspruch gestützte exc. rei iud. s. Bem. Nr. 1 zu § 866.

§ 871.

Für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrags, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Erlassung des Vollstreckungsurteils zum Gegenstande haben, ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 865) gewendet hat.

Mot. S. 480. KPr. S. 445, 504, 593.

1. „Ernennung e. Schiedsrichters" — s. § 855. „Ablehnung e. Schiedsrichters" — s. § 857. „Erlöschen e. Schiedsvertrags" — s. § 859. „Unzulässigkeit d. schiedsrichterl. Verfahrens" — s. Bem. zu § 863 und Bem. Nr. 2 zu § 867. Auch die Klage auf Feststellung der Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens gehört vor das in § 871 bezeichnete Gericht [RG. 4. März 1889 Entsch. XXIII Nr. 100 S. 424 ff.]. „Aufhebung e. Schiedsspruchs" — s. § 867. „Erlassung d. Vollstreckungsurteils" — s. § 868.

2. Die Zuständigkeit für die in § 871 bezeichneten Klagen wird primär durch den schriftlichen Schiedsvertrag bestimmt. Dieser kann auch in den Fällen, in denen das Gesetz einen ausschließlichen Gerichtsstand ergeben würde, ein anderes Gericht bestimmen.

Digitized by Google

In Ermangelung einer Bezeichnung des zuständigen Gerichts in einem schriftlichen Schiedsvertrag ist das Gericht zuständig, das ohne den Schiedsvertrag nach den allgemeinen Regeln über sachliche und örtliche Zuständigkeit für die Klage bezüglich des betreffenden Anspruchs zuständig sein würde. Die sich hiernach ergebende sachliche und örtliche Zuständigkeit kann wieder durch Vereinbarung (§ 38) sowie durch prozessualische Prorogation (§ 39) verschoben werden, soweit nicht der § 40 einer Verschiebung der Zuständigkeit für die Klage bezüglich des Anspruchs im Wege steht. Für die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils zu einer Entscheidung des Schiedsspruchs über die Kosten des Verfahrens ist das für die Hauptsache zuständige Landgericht ohne Rücksicht auf den Betrag der Kosten zuständig, auch wenn die Hauptsache sich durch Erfüllung des Schiedsspruchs erledigt hat [RG. 25. Nov. 1892 Entsch. XXX Nr. 105 S. 353].

In den Entwürfen II und III war die Zuständigkeit der Handelsgerichte ausdrücklich ausgeschlossen. Der betreffende Satz wurde gestrichen, nachdem die JK. d. RT. die Handelsgerichte beseitigt hatte. Gleichwohl gehören die in § 871 bezeichneten Klagen nicht vor die Kammern für Handelssachen, auch wenn die Klage bezüglich des ursprünglichen Anspruchs vor die Kammer für Handelssachen gehörte; denn die Kammer für Handelssachen ist kein selbständiges Gericht, sondern ein Teil des Landgerichts und die Zuteilung an die Kammer für Handelssachen liegt außerhalb der Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Arten von Gerichten. Unter die den Kammern für Handelssachen zugeteilten Rechtsstreitigkeiten (GVG. § 101) aber gehören die Prozesse über die in § 871 genannten Klagen nicht. [AM. Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 3, Gaupp II S. 657 bei N. 2 u. A.]

3. Zu Abs. 2: Sobald eine der in § 871 bezeichneten Klagen bei einem von mehreren zuständigen Gerichten erhoben ist, verlieren die konkurrierenden Gerichte ihre Zuständigkeit auch für die anderen Klagen. Auch die ordnungsmäßige Niederlegung des Schiedsspruchs durch die Schiedsrichter bei einem von mehreren konkurrierenden Gerichten entscheidet in der Weise über die Zuständigkeit, daß die Zuständigkeit der anderen Gerichte für die Klagen aufhört. Doch ist die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, welches hiernach die konkurrierenden Gerichte ausschließt, keine ausschließliche in dem Sinne, daß sie nicht durch Vereinbarung oder Prorogation wieder verschoben werden könnte.

4. Für das Verfahren bezüglich der in § 871 bezeichneten Klagen gelten die allgemeinen Regeln.

§ 872.

Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buches entsprechende Anwendung.

Mot. S. 471. KPr. S. 445, 593.

Ob die Anordnung eines Schiedsgerichts durch letztwillige oder durch andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen, z. B. Familienstatut, Fideikommißstiftung, rechtswirksam ist, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. [Vgl. Wach Handb. I S. 67, Mayer a. a. O. S. 67 f.]

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichem Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst von Bismarck.

Digitized by Google

Gesetz,

betreffend

die Einführung der Civilprozeßordnung.

Vom 30. Januar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

§ 1.

Die Civilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

KPr. S. 625, 626, 749.

Am 1. Oktober 1879. In Helgoland am 1. April 1891 (VO. v. 22. März 1891, RGBl. S. 21).

§ 2.

Das Kostenwesen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird für den ganzen Umfang des Reichs durch eine Gebührenordnung geregelt.

Stenogr. Bericht II. Leg.Per. 4. Sess. 1876 S. 1000.

Gerichtskostengesetz v. 18. Juni 1878; Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher v. 29. Juni 1878; diese beiden Gesetze sind teilweise abgeändert durch RG. v. 29. Juni 1881 (RGBl. S. 178); Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878, dazu RG. betr. die Ergänzung des § 14 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige, v. 11. Juni 1890 (RGBl. S. 73); Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879.

§ 3.

Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Insoweit die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den

Digitized by Google

ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.

Mot. S. 481, 482. KPr. S. 625, 626, 749.

1. „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" — über den Begriff „b. R.", sowie über die Frage, welche „b. R." vor die Gerichte gehören, s. GVG. § 13; dazu Hauck Komm. zum GVG. N. 3 zu §§ 12—14, Struckm. Koch Komm. zur CPrO. und zum GVG. N. 1—5 zu § 13 des GVG., Wilm. Levy Komm. zur CPrO. und zum GVG. 6. Aufl. S. 12 f., und N. 1—3 zu § 13 des GVG., Gaupp Komm. z. CPrO. I S. 3 ff., Wach Handb. I § 8 S. 77 ff., Planck Lehrb. I § 7 S. 27, Hellmann Lehrb. S. 41 ff., Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 27 ff., 241 ff., Bierhaus Ztschr. f. d. CPr. V S. 59 f., Hüppner Arch. f. c. Pr. LXIX S. 434 ff., Bornhak „Rechtsweg" in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II S. 331 ff., Prazák die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden (Freiburg i. B. 1889), auch im Arch. f. öffentl. R. IV S. 241 ff. Für Preußen: Sydow die Zulässigkeit des Rechtswegs (1860), v. Rönne Erg. III S. 85 ff., Schulze pr. Staatsrecht II S. 354 ff. Für Bayern: J. A. Seuffert Kommentar über die bayer. Gerichtsordnung 2. Aufl. I S. 156, Pözl bayer. Verf.Recht § 163, Seydel bayer. Staatsrecht II S. 430 ff., Matthäus Beil.Bd. z. Bd. XXVIII der Bl. f. administr. Prax. (1878), Schierlinger die auf den CPr. bezügl. Normen des bayer. Landesrechts S. 3—10. Für Sachsen: Rippold Sächs. Arch. II Supplementheft S. 1—117. Für Württemberg: Gaupp die auf den CPr. bezügl. Normen des württemb. Landesrechts S. 3 ff. — Das Übergebotsverfahren des Code civ. art. 2185 ist bürgerliche Rechtsstreitigkeit [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 90 S. 306]; nicht aber das Verfahren zum Zwecke der Homologation einer gerichtlichen Teilung (Code de proc. art. 981, 982), über die kein Streit besteht [RG. 20. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 85 S. 295].

2. „Ordentliche Gerichte" — s. GVG. § 12; vgl. a. EG. z. GVG. § 8.

Aus den Motiven: „Rücksichtlich der nach GVG. § 13 vor den ordentlichen Gerichten zu verhandelnden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Verfahren der CPrO. zwingend. Die Landesgesetzgebung kann ein abweichendes Verfahren nur insoweit gestatten, als dies durch Reichsgesetz für zulässig erklärt wird (GVG. § 14). Das Einf.Ges. enthält in dieser Richtung Vorbehalte in den §§ 11 und 15 (vgl. a. CPrO. § 837 Abs. 2). Nach § 3 Abs. 3 des EG. zum GVG. ist der Landesgesetzgebung nachgelassen, in den von den §§ 11 u. 15 umfaßten Fällen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach anderen als den durch das GVG. vorgeschriebenen Normen zu regeln."

3. „Besondere Gerichte" — s. GVG. § 14. Auf das Verfahren vor den besonderen Gerichten findet die CPrO. nur soweit Anwendung, als die Landesgesetzgebung dies bestimmt.

Aus den Motiven: „Das EG. z. GVG. § 3 Abs. 1 gestattet, daß die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung übertragen werde. Macht eine Landesgesetzgebung von diesem Vorbehalte Gebrauch, so ist ihr die Befugnis erteilt:

1) die Übertragung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen vorzunehmen (EG. z. GVG. § 3 Abs. 1),

2) ein von der CPrP. abweichendes Verfahren anzuordnen (EG. z. CPrO. § 3 Abs. 2).

Auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten finden nach dem RG. v. 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) § 24 die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der CPrO. entsprechende Anwendung, soweit nicht in dem angeführten Gesetze besondere Bestimmungen getroffen sind.

Digitized by Google

§ 4.

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstande oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.

KPr. z. GVG. S. 469—480. (Das Prot. d. d. 15. Febr. 1876, 122ste Sitz. d. JK. des RT. ist im ersten Abdruck falsch mit S. 797—808 paginiert.) KPr. z. CPrO. S. 749—751, dann 173ste Sitz. S. 23, 24, und Sten. Ber. II. LP. 1876 4. Sess. S. 389, 390.

1. Der § 4 wurde in der JK. d. RT. auf Antrag des Abg. v. Puttkammer (Frauenstadt) eingefügt und vom Antragsteller dahin erläutert: „Civilprozesse des Fiskus und der Gemeinde sollen in denjenigen Fällen, wo gleichartige Fälle unter Privaten vor die ordentlichen Gerichte gehören, den Gerichten nicht entzogen werden, weil der Fiskus und die Gemeinde beteiligt sind. . . . Was objektiv eine Rechtssache sei, bestimme das Landesrecht." (Prot. d. 173. Sitz. S. 23.)

2. Landesgesetzliche Vorschriften, die bestimmen, daß Ansprüche gegen den Fiskus ꝛc. erst dann gerichtlich verfolgt werden können, wenn der Administrativweg vergeblich betreten worden ist (z. B. preuß. Ges. v. 24. Mai 1861 § 2, bay. AG. z. CPrO. Art. 2), sind durch § 4 nicht berührt [RG. 8. Febr. 1887 Entsch. XVII Nr. 104 S. 416]. Ebensowenig Vorschriften, die die Prozeßführung des Fiskus, einer Gemeinde, Korporation von der Einholung einer Ermächtigung der Aufsichtsbehörde abhängig machen (KPr. z. GVG. S. 477); vgl. CPrO. § 50.

§ 5.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter darf jedoch die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden.

Mot. S. 626. KPr. S. 625, 751; Pr. z. GVG. S. 765—768; 173. Sitz. S. 24.

1. Die in der CPrO. selbst enthaltenen Privilegien der Landesherren, der Mitgl. d. landesherrl. Familien sowie der Mitgl. der Fürstl. Familie Hohenzollern — §§ 196 Abs. 2, 340 Abs. 2, 441 Abs. 2, 444 Abs. 3 — gelten für alle Landesherren ꝛc. vor allen Gerichten. Dagegen gelten die im EG. § 5 vorbehaltenen besonderen Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze nur innerhalb des Bundesstaates, in dem die betr. Hausverfassung oder das Landesgesetz erlassen ist.

Der Vorbehalt bezieht sich nicht bloß auf bestehende, sondern auch auf künftig zu erlassende Hausverfassungen und Landesgesetze. — Über verschiedene Einzelfragen vgl. RG. 12. Dez. 1884 Entsch. XII Nr. 125 S. 418 ff. (betr. den Scheidungsprozeß des Großherzogs von Hessen).

2. Der Schlußsatz wurde in der JK. d. RT. eingefügt. „Vermögensrechtliche Ansprüche" — vgl. Bem. Nr. 2 zu § 21. — „Dritter" — sc. Nichtmitglieder der betr. landesherrlichen Familie.

§ 6.

Mit Zustimmung des Bundesrats kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:

Digitized by Google

1) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe;
2) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.

Die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erlassenen Verordnungen sind dem Reichstage bei dessen nächsten Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen. Dieselben treten, soweit der Reichstag die Genehmigung versagt für die am Tage des Reichstagsbeschlusses noch nicht anhängigen Prozesse außer Kraft. Die genehmigten Verordnungen können nur durch Reichsgesetz geändert oder aufgehoben werden.

Mot. S. 320—322. KPr. S. 625—636, 749, 751—754.

1. Die auf Grund dieses Paragraphen erlassene Kaiserl. VO. v. 28. Sept. 1879 (RGBl. S. 299), genehmigt mit Ausnahme des § 3 vom Reichstag am 10. April 1880 (RGBl. 1880 S. 102), ist nebst den ergänzenden RG. v. 15. März 1881, 24. Juni 1886 und 30. März 1893 in Bem. Nr. 3 zu § 511 (S. 658 ff.) abgedruckt und erläutert.

2. Zu Abs. 2: Eine Verordnung, der vom Reichstage die Genehmigung versagt wird, bleibt anwendbar auf alle Prozesse, die an dem Tage des definitiven Reichstagsbeschlusses (KPr. S. 752), also der letzten Beratung, schon anhängig waren.

§ 7.

Ist in einem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 8 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionsschrift. Eine Abschrift derselben ist der Gegenpartei von Amtswegen zuzustellen.

Das oberste Landesgericht entscheidet ohne vorgängige mündliche Verhandlung endgültig über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Erklärt es sich dagegen für unzuständig, weil das Reichsgericht zuständig sei, so sind dem letzteren die Prozeßakten zu übersenden.

Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für das Reichsgericht bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgerichte ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Die Fristbestimmungen in den §§ 517, 519 der Civilprozeßordnung bemessen sich nach dem Zeitpunkte der Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an den Revisionsbeklagten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf das Rechtsmittel der Beschwerde entsprechende Anwendung.

Mot. S. 482. KPr. S. 635—639, 754, 755.

Digitized by Google

1. Der § 7 ist dem RG. v. 11. Juni 1869 betr. die Errichtung des ROHG. (BGBl. S. 201) §§ 17, 18 nachgebildet.

2. Zu Abs. 1: Die Einlegung erfolgt durch die Übergabe der Revisionsschrift auf der Gerichtsschreiberei des obersten Landesgerichts. Die Revisionsschrift muß den Erfordernissen Nr. 1, 2 des § 512 entsprechen, enthält aber keine Ladung [RG. 3. Dez. 1891 Entsch. XXVIII Nr. 108 S. 431, bay. ob. LG. Samml. v. Entsch. IX S. 557, Bl. f. RA. LIX S. 316].

3. Zu Abs. 2—4: Nach Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten entscheidet das oberste Landesgericht ohne mündliche Verhandlung auf Grund der Akten (KPr. S. 635) durch Beschluß über die Zuständigkeit. Die Entscheidung über die Zuständigkeit bindet sowohl das oberste Landesgericht selbst (arg. „endgültig") wie auch das Reichsgericht; dieses hat die Frage, ob die Revision zum obersten Landes- oder zum Reichsgerichte gehört, nicht mehr zu stellen. — Wegen der Gebühren s. GKG. § 47 Nr. 3 (Gebührenfreiheit). Die Frage, ob die Revision zulässig sei, wird in diesem Stadium noch nicht geprüft.

Das oberste Landes- und das Reichsgericht ladet die Parteien nicht, sondern giebt ihnen den Termin bekannt. Zwischen der Zustellung der Abschrift der Terminsbekanntmachung und dem Termine soll die Einlassungsfrist liegen; von der Zeit, die zwischen dieser Zustellung und dem Termine liegt, sind die zwei Dritteile des § 519 zu berechnen.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Revisionsfrist ist mit der Revisionsschrift bei dem obersten Landesgerichte einzureichen; diese Einreichung wahrt die Restitutionsfrist.

4. Zu Abs. 5: Die Beschwerde wird anstatt bei dem Reichsgerichte bei dem obersten Landesgerichte eingelegt. Nicht berührt sind die Vorschriften über Einlegung der Beschwerde bei dem iudex a quo. Wird die Beschwerde bei einem Oberlandesgerichte als iudex a quo eingelegt, so hat dieses die Beschwerde dem obersten Landesgerichte vorzulegen. Ist die Beschwerde auf die eine oder andere Art zum obersten Landesgerichte gelangt, so entscheidet dieses ohne mündliche Verhandlung endgültig zunächst über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Beschwerde. Erklärt es sich für zuständig, so reiht sich die weitere Beschlußfassung an. Vor dieser kann mündliche Verhandlung stattfinden. Erklärt das oberste Landesgericht sich für unzuständig, so sind die Akten dem Reichsgerichte zu übersenden.

5. Wegen der Gebühren s. GO. f. RA. §§ 23 Nr. 1, 29 Abs. 2 Nr. 6.

§ 8.

Der Bestellung eines bei dem obersten Landesgerichte oder bei dem Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwalts bedarf es erst, nachdem das oberste Landesgericht über die Zuständigkeit Entscheidung getroffen hat. Für die dieser Entscheidung vorgängigen Handlungen können die Parteien sich auch durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

Die Zustellung der Abschrift der Revisionsschrift an den Revisionsbeklagten und die Bekanntmachung des Termins zur mündlichen Verhandlung an die Parteien erfolgt in Gemäßheit des § 164 der Civilprozeßordnung.

KPr. S. 635, 755, 756.

1. Die beim obersten Landesgerichte einzureichende Revisions- oder Beschwerdeschrift

Digitized by Google

kann sowohl von einem bei dem obersten Landesgerichte zugelassenen, wie auch von jedem bei einem Land- oder Oberlandesgerichte irgend eines deutschen Staates zugelassenen Rechtsanwalte gefertigt werden; nicht von einem beim Reichsgerichte zugelassenen Anwalte (cf. RAO. § 100 Abs. 2). Sowie über die Zuständigkeit entschieden ist, kommen für alle Schriftsätze ꝛc., auch für Vertagungsanträge, die allgemeinen Regeln über den Anwaltszwang zur Anwendung [bay. ob. LG. Bl. f. RA. LIX S. 329].

Wird die Beschwerdeschrift beim iudex a quo eingereicht, so gelten die allgemeinen Regeln. Vgl. Bem. Nr. 2 zu § 532.

2. Die Abschrift der Revisionsschrift und die Bekanntmachung des Termins ist den in § 164 bezeichneten Personen in der dort aufgestellten Reihenfolge zuzustellen.

3. Fällt ein vor der Entscheidung des obersten Landesgerichts bestellter Anwalt weg, so wird das Verfahren nicht unterbrochen [vgl. v. Staudinger Bl. f. RA. LIII S. 36 ff.].

§ 9.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören und nicht im Bezirke eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

Mot. S. 65, 482. KPr. S. 639, 756.

Vgl. § 36 und die Bem. Nr. 1 dazu.

§ 10.

Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Entmündigungssachen finden auf die Bestellung eines Beistandes für einen Geistesschwachen oder für einen Verschwender, insofern diese Bestellung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderlich ist, entsprechende Anwendung.

Mot. S. 370, 482. KPr. S. 639, 756.

Das französische Recht (Code civ. art. 499, 513—515) und das badische Recht (bad. Landrechtszusatz Art. 513a, dazu bad. Einf.Ges. v. 3. März 1879 § 146) bestimmen, daß wegen Geistesschwäche oder Verschwendung die Unfähigkeit zu gewissen Rechtsakten ausgesprochen und ein Beistand beigegeben werden kann. Auf diese partielle Entmündigung finden die §§ 593 bis 627 entsprechende Anwendung. — Vgl. a. Bem. Nr. 5 vor § 593.

§ 11.

Die Landesgesetze können in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Anwendung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen, insoweit nicht § 849 der Civilprozeßordnung entgegensteht.

Mot. S. 460, 482. KPr. S. 639, 756.

Vgl. Bem. Nr. 1 a. E. vor § 823 (S. 1020).

§ 12.

Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

Mot. S. 482 f. KPr. S. 639, 756.

Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 512.

Digitized by Google

§ 13.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1) § 2 des Gesetzes, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft vom 29. Mai 1868;
2) Artikel 34—36, 37 Satz 2, 39, 77, 78, 79 Abs. 2, 488, 494, 889 des Handelsgesetzbuchs;
3) § 6 des Gesetzes, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871;
4) § 14 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, insoweit diese Vorschrift die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft;
5) § 144 Abs. 4 des Gesetzes, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, vom 31. März 1873;
6) § 78 Abs. 3 des Gesetzes über Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterbrochen wird.

In den Fällen der Artikel 348, 365, 407 des Handelsgesetzbuchs ist das im § 448 der Civilprozeßordnung bezeichnete Amtsgericht zuständig; auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung in dem achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs entsprechende Anwendung.

Mot. 483—486. KPr. S. 640—642, 756.

1. Die Motive bemerken: „Die prozeßrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze, deren Zahl nicht unerheblich ist, lassen sich in ihrem Verhältnis zu den Vorschriften der CPrO. aufgefaßt, in drei Kategorien zerlegen:

1) Normen, welche mit den Vorschriften der CPrO. übereinstimmen;
2) Normen, welche den Vorschriften der CPrO. widersprechen;
3) Normen, welche, in ein prozessuales Gewand gekleidet, materielles Recht enthalten.

Die Normen sub 3 bleiben fortbestehen, wie auch immer das Verhältnis der CPrO. zu den Reichsgesetzen festgestellt wird. Für die Normen sub 1 ist es nur von sekundärer Bedeutung, ob sie aufgehoben werden oder nicht, da auch in Zukunft in Gemäßheit derselben verfahren werden muß. Rücksichtlich der Normen sub 2 ist es praktisch ohne Einfluß, ob die Aufhebung oder die Aufrechterhaltung derselben erfolgt, vorausausgesetzt, daß:

a) in dem ersteren Falle diejenigen prozeßrechtlichen Normen, welche als Ausfluß oder integrierender Bestandteil der Industrie anzusehen sind, rücksichtlich deren sie erlassen worden, von der Aufhebung und
b) in dem letzteren Falle diejenigen prozeßrechtlichen Normen, welche durch Rücksichten auf die bisher mangelnde Einheit des deutschen Prozeßrechts veranlaßt worden sind, oder welche ihre Aufnahme Anschauungen verdanken, die mit den Grundprinzipien der CPrO. in Widerspruch stehen, von der Aufrechterhaltung ausgenommen werden."

Die Motive beschäftigen sich sodann mit der Frage, ob es zweckmäßiger sei, die prozeßrechtlichen Normen

Digitized by Google

der Reichsgesetze generell aufzuheben und speziell die Ausnahmen anzuführen oder diese Normen generell aufrecht zu erhalten und speziell nur die aufzuhebenden zu nennen. Sie entscheiden sich für die zweite Alternative.

Prozeßrechtliche Vorschriften enthalten folgende vor der CPrO. erlassene Reichsgesetze:

Gesetz, betr. die Bundeskonsulate ꝛc., v. 8. Nov. 1867 (BGBl. S. 137) §§ 14—17, 19—24; dazu Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit, v. 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197).

Gesetz, betr. die Aufhebung der Schuldhaft, v. 29. Mai 1868 (BGBl. S. 237) § 1. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 798.

Gesetz, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns, v. 21. Juni 1869 (RGBl. S. 242) §§ 1—4. Vgl. Bem. Nr. 2 u. 11 zu § 749 d. CPrO.

Gewerbeordnung (BGB. 1869 S. 245, neue Redaktion RGBl. 1883 S. 177) §§ 11, 88, 97 Nr. 4, 99, 101 Abs. 2, 3.

Wechselordnung Art. 17, 26, 29, 46, 50, 51, 73, 80.

Handelsgesetzbuch Art. 111, 144, 164, 172, 213, 244a, 247 Nr. 2, 315, 455, 475; Art. 9, 194, 195, 223, 224; Art. 117, 137, 167, 196, 227, 460; Art. 27, 37 Satz 1, 38, 40, 79 Abs. 1, 888; Art. 609, 610, 490—493; Art. 119, 120, 126, 132, 169, 170, 446; Art. 305; Art. 190a, 222, 223 in der F. d. RG. v. 18. Juli 1884.

Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 (BGBl. S. 317) §§ 14, 93, 104.

Gesetz, betr. die Abgaben von der Flößerei, v. 1. Juni 1870 (BGBl. S. 312) § 2.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc., v. 11. Juni 1870 (BGBl. S. 339), §§ 19, 29—30, 55.

Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken ꝛc. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, v. 7. Juni 1871 (RGBl. S. 207) § 7.

Militärpensionsgesetz v. 27. Juni 1871 (RGBl. S. 275) §§ 113—116.

Postgesetz v. 28. Okt. 1871 (RGBl. S. 347) §§ 7, 8, 13, 20, 47.

Gesetz, betr. die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dez. 1871 (RGBl. S. 459) §§ 42, 45.

Seemannsordnung v. 27. Dez. 1872 (RGBl. S. 409) § 105.

Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 (RGBl. S. 61) §§ 21, 22, 143, 144 (mit Ausnahme des Abs. 4), 145, 147, 149 bis 155.

Gesetz, betr. das Aufgebot und die Amortisation verlorener oder vernichteter Schuldurkunden des nordd. Bundes und des Deutschen Reichs, v. 12. Mai 1873 (RGBl. S. 91).

Gesetz über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 (RGBl. S. 129) § 34.

Reichs-Militärgesetz v. 2. Mai 1874 (RGBl. S. 45) § 39 (vgl. Bem. Nr. 2 zu § 15 der CPrO.).

Strandungsordnung v. 17. Mai 1874 (RGBl. S. 73) §§ 26—35, 38, 39, 44.

Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem D. Reiche und Rußland v. 12. Nov./31. Okt. 1874 (RGBl. 1875 S. 136) Art. 10. [Vgl. RG. 23. Juni 1890 Entsch. XXV Nr. 24 S. 128.]

Gesetz über den Markenschutz v. 30. Nov. 1874 (RGBl. S. 143) §§ 13, 16, 17, 19.

Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes v. 6. Febr. 1875 (RGBl. S. 23) §§ 76, 77, 78 Abs. 1 u. 2.

Bankgesetz v. 14. März 1875 (RGBl. S. 177) §§ 50—52.

Statut der Reichsbank v. 21. Mai 1875 (RGBl. S. 203) § 8.

Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, v. 9. Jan. 1876 (RGBl. S. 4) § 16.

Digitized by Google

Gesetz, betr. den Schutz der Photographien, v. 10. Jan. 1876 (RGBl. S. 8) §§ 9, 10.
Gesetz, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, v. 11. Jan. 1876 (RGBl. S. 11) §§ 14, 15.
Gesetz, betr. die eingeschriebenen Hülfskassen, v. 7. April 1875 (RGBl. S. 125), §§ 5, 10, 16—18.

Das Gesetz, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften v. 4. Juli 1868 (BGBl. S. 415), das in den §§ 11, 13, 16, 17, 22, 24, 29, 35 [dazu Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 496 ff.], 43, 49, 50, 56 [dazu RG. Entsch. VII Nr. 95 S. 319], 59 prozeßrechtliche Vorschriften enthielt, ist durch das unten cit. Gesetz v. 1. Mai 1889 außer Kraft gesetzt.

Das Patentgesetz v. 25. Mai 1877 (RGBl. S. 501) enthielt in den §§ 31, 39 prozeßrechtliche Vorschriften; dieses Gesetz ist durch das unten cit. Patentgesetz v. 7. April 1891 außer Kraft gesetzt.

Prozeßrechtliche Vorschriften enthalten ferner die folgenden nach der CPrO. zustande gekommenen Reichsgesetze und Verträge:

Gesetz, betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 (RGBl. S. 89) § 2.
Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, v. 21. Juli 1879 (RGBl. S. 277) § 13.
Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, v. 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) §§ 24, 37, 49 Abs. 2—4, 64, 91—111, 116, 122—124, 134.
Patentgesetz v. 7. Apr. 1891 (RGBl. S. 79) §§ 12, 32, 33, 38.
Gesetz, betr. die Gewerbegerichte, v. 21. Juli 1891 (RGBl. S. 141).
Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, v. 1. Juni 1891 (RGBl. S. 290) § 13.
Gesetz, betr. das Reichsschuldbuch, v. 31. Mai 1891 (RGBl. S. 321) §§ 7, 15.
Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, v. 20. April 1892 (RGBl. S. 447) §§ 61, 62.
Gesetz, betr. das Telegraphenwesen d. DR., v. 6. April 1892 (RGBl. S. 467) § 13.
Internationale Übereinkunft über den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890 (RGBl. 1892 S. 793) Art. 23 Abs. 4, 5, Art. 27 Abs. 4, Art. 28, 50, 51, 52, 56.
Reichsstempelgesetz in d. Red. d. Bekanntm. v. 27. März 1894 (RGBl. S. 381) § 33.
Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, v. 12. Mai 1894 (RGBl. S. 441) § 23.

Die in neueren Reichsgesetzen enthaltenen Beschränkungen der Pfändbarkeit von Forderungen s. Bem. Nr. 5, 9, 10 zu 749.

Die in den Unfallversicherungsgesetzen enthaltenen Vorschriften über die bindende Kraft strafgerichtlicher Feststellungen für den Civilrichter sind in Bem. Nr. 2 Abs. 4 zu § 14 des EG. angeführt.

2. Zu Nr. 1: An Stelle des § 2 des Ges. v. 29. Mai 1868 ist § 798 d. CPrO. getreten. Vgl. Bem. N. 1 zu § 798.

3. Zu Nr. 2: Die in Art. 34—36, 77, 78, 488, 494, 889 des HGB. enthaltenen Bestimmungen über die Beweiskraft der Handelsbücher, der Tagebücher und Schlußnoten der Handelsmäkler, der Schiffsjournale und Verklarungen sind aufgehoben als dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (§§ 259, 260) widersprechend. Die Aufhebung dieser Beweisregeln entzieht den bezeichneten Büchern ꝛc. nicht die Beweiskraft; das Gericht hat nur freies Ermessen in deren Beurteilung. [Über Beweiskraft der Handelsbücher vgl. Heusler Arch. f. c. Pr. LXII S. 311, Behrend Lehrb. d. HR. I S. 397 ff., U. d. RG. 10. Dez. 1881 Entsch. VI Nr. 101 S. 347.] — Das Institut der Verklarung (HGB. Art. 490—493) ist beibehalten; s. Bem. Nr. 2 vor § 447.

Digitized by Google

Die Art. 39 und 79 Abs. 2 des HGB. sind durch § 399 der CPrO. ersetzt, dagegen ist Art. 79 Abs. 1 aufrecht erhalten [vgl. Keyßner Ztschr. f. d. g. HR. XXIII S. 300].

Art. 37 Satz 2 des HGB. ist von der JK. d. RT. unter die aufgehobenen Vorschriften eingefügt worden, weil er nicht dem Präjudize des § 392 der CPrO. entspricht.

Art. 305 Abs. 2 Satz 2 d. HGB. ist, obwohl hier nicht genannt, doch durch CPrO. §§ 837 ff. beseitigt (KPr. S. 641).

4. Zu Nr. 3: Der § 6 des RG. v. 7. Juni 1871 wird durch CPrO. §§ 259, 260 ersetzt. Die Aufhebung ist wegen der Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht erfolgt.

5. Zu Nr. 4: Insoweit der § 14 des Reichspostgesetzes die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft, ist er aufgehoben, weil er mit CPrO § 239 nicht stimmt (Mot. S. 485).

6. Zu Nr. 5 und 6: Diese Vorschriften sind wegen ihrer Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht von der JK. d. RT. unter die aufgehobenen Vorschriften eingefügt.

7. Zu Abs. 3: Aus den Motiven: „Die Bestimmung des Art. 80 der WO., daß die Verjährung durch Behändigung der Klage unterbrochen werde, trifft mit der Vorschrift des § 239 der CPrO. zusammen; dagegen widerspricht die weitere Bestimmung des Art. 80, daß die Unterbrechung nur durch Behändigung der Klage erfolgen könne, den Vorschriften der §§ 190, 254, 461 Abs. 2, 471 Abs. 2 der CPrO. und mußte daher mit diesen in Einklang gebracht werden."

Obwohl das Gesetz den § 633 der CPrO. nicht anführt, so ist doch anzunehmen, daß auch durch die Zustellung eines Zahlungsbefehls die Wechselverjährung unterbrochen wird. [So auch Struckm. Koch N. 2 zu § 633 und N. 9 zu EG. § 13, Wilm. Levy N. 2 zu § 633, Gaupp II S. 670 N. 12, A. Förster N. 1 zu § 633, Hellmann Lehrb. S. 929, Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 236, 258, Bolze Arch. f. c. Pr. LXVIII S. 1 ff.; vgl. a. Entw. e. BGB. 1. Lesung § 170 Abs. 2 Nr. 1, 2. Lesung § 175 Abs. 2 Nr. 1. AM. RG. 22. Dez. 1883 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1013, 7. Juni 1884 Entsch. XIV Nr. 13 S. 31 ff. Wieder anders RG. 26. Mai 1884 Beitr. z. E. d. DR. XXVIII S. 1017, wo in ganz unhaltbarer Weise zwischen den zur amtsgerichtlichen und den zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Wechselklagen unterschieden und nur für diese die Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls verneint wird.] Die Entstehungsgeschichte des Art. 80 der WO. (s. Bolze S. 14—16) läßt klar ersehen, daß durch das Wort „nur" in Art. 80 bloß die außerprozessualische Unterbrechung (z. B. durch Protest) und die Unterbrechung durch Einreichung der Klage bei Gericht ausgeschlossen werden sollte. Das Gesuch um den Zahlungsbefehl muß die wesentlichen Erfordernisse einer Klageschrift enthalten (s. Bem. Nr. 1 zu § 630), der Zahlungsbefehl muß diese reproduzieren (§ 633). Inhaltlich wird also der das Mandatsverfahren veranlassende Parteiakt, der im früheren gem. Prozesse ebenso wie nach dem preuß. Rechte (WO. v. 1. Juni 1833) Klage hieß und der Klage sachlich entspricht, auch nach dem gegenwärtigen Rechte in dem Zahlungsbefehle zugestellt. Dazu kommt, daß § 633 zurückführt auf den hann. Entw. § 501, der lautet: „Mit der Behändigung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die an die Behändigung der Klage . . . geknüpften Wirkungen ein." Sachlich nichts anderes spricht die seit dem nordd. Entw. § 755 in den Entwürfen enthaltene, in das Gesetz übergegangene Wendung des § 633 aus. Es ist der starrste, gedankenärmste Formalismus, aus der Nichtanführung des § 633 im § 13 des EG. zu folgern, daß die Zustellung des Zahlungsbefehls von den Unterbrechungsakten ausgeschlossen sei.

Nicht aufgehoben ist die Bestimmung in Abs. 2 des Art. 80 der WO., wonach die (gerichtliche) Streitverkündung des Beklagten die Wechselverjährung unterbricht [RG. 13. Nov. 1883 Entsch. X Nr. 84 S. 293].

Digitized by Google

8. Zu Abs. 4: Aus den Motiven: „Die Art. 348, 365, 407 des HGB. bezwecken Sicherung des Beweises, enthalten demnach Fälle der probatio ad perpetuam rei memoriam, deren Behandlung in mehrfacher Hinsicht von CPrO. §§ 447 ff. abweicht. Bei dieser mit dem materiellen Inhalt der Art. 348, 365, 407 in Zusammenhang stehenden Divergenz erschien die Aufrechthaltung wünschenswert. Das Gesetz beschränkt sich daher auf eine Ergänzung derselben im Sinne der CPrO."

§ 14.

Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Außer Kraft treten insbesondere:

1) **die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Civilrichter;**
2) **die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen;**
3) **die Vorschriften nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;**
4) **die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren;**
5) **die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.**

Mot. S. 199—201, 208, 212—214, 224, 390, 391, 486. APr. S. 642—646, 756. Vgl. a. Prot. z. StrPrO. S. 422—424.

1. Zu Abs. 1: Insoweit die in Gemäßheit dieses Paragraphen außer Kraft tretenden landesgesetzlichen Prozeßvorschriften in Rechtsangelegenheiten gelten, die nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des § 3 gehören, bleiben diese Vorschriften unberührt, insbesondere also in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Ansehung der Angelegenheiten, die die Führung des Handelsregisters, des Schiffsregisters und des Genossenschaftsregisters betreffen (Mot. S. 486).

2. Zu Nr. 1: Im gemeinen deutschen Civilprozesse hat das strafgerichtliche Urteil für den Civilrichter nie bindende Kraft gehabt. Dagegen hat sich in der franz. Theorie und Praxis der Satz ausgebildet, daß ein verurteilendes strafgerichtliches Erkenntnis für den Civilprozeß den Thatbestand und die Thäterschaft endgültig feststelle. Diese Ansicht hat seit der Einführung des franz. Strafverfahrens in Deutschland auch in die deutsche Doktrin und Praxis sowie in die neuere deutsche Gesetzgebung (Nachweisungen s. Mot. S. 213) Eingang gefunden. Andererseits ist diese Ansicht bekämpft worden; vgl. insbes. Pl.Beschl. der pr. OTr. v. 15. Dez. 1856 (Entsch. XXXIV S. 19, Goltd. Arch. V S. 370 ff.), Bericht der Just.Komm. d. pr. AH. 1856 (Goltd. Arch. V S. 344), Hann. Prot. VI S. 2063 ff., XV S. 5641 ff., Planck Gutachten f. d. 6. D. Jur.Tags Verh. I S. 3 ff., Verh. d. 7. D. Jur.Tags II S. 165 ff., 239 ff. — Die Motive (S. 213 f.) bemerken:

„Der Civilrichter, welcher auf Grund der vor ihm stattgefundenen Verhandlung frei zu würdigen hat, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu er-

Digitized by Google

achten sei, wird, wenn die behauptete Thatsache bestritten, aber in einem früheren Strafverfahren als festgestellt angenommen ist, auf Grund dieses Verfahrens und ohne daß es einer weiteren Beweiserhebung bedarf, die Überzeugung von der Wahrheit jener Thatsache erlangen können. Und diese Überzeugung wird er regelmäßig auf Grund des Strafurteils gewinnen, wenn nicht für die Unrichtigkeit des letzteren sehr gewichtige Gründe von den Parteien beigebracht werden. Nur ausnahmsweise wird im Civilverfahren eine nochmalige Beweisaufnahme über die vom Strafrichter bereits als erwiesen angenommene Thatsache erforderlich sein, und es darf die sichere Erwartung gehegt werden, daß widersprechende Entscheidungen der Civil- und Strafgerichte über dieselbe Thatfrage zu den äußersten Seltenheiten gehören werden."

In den Entwürfen waren die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils nicht ausdrücklich aufgehoben, sondern die Verfasser gingen davon aus, daß deren Beseitigung sich aus § 259 ergebe. Die JK. d. RT. beschloß die Aufnahme des in Nr. 1 des § 14 enthaltenen, nicht sowohl dispositiven als vielmehr deklarierenden Satzes.

Nach den Unfallversicherungsgesetzen v. 6. Juli 1884 (RGBl. S. 69) §§ 95, 96, v. 15. März 1886 (RGBl. S. 53) §§ 8, 12, v. 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) §§ 116, 117, v. 11. Juli 1887 (RGBl. S. 307) § 49 Abs. 2, v. 13. Juli 1887 (RGBl. S. 329) §§ 109, 110 haben die in diesen Gesetzesbestimmungen angeführten Feststellungen strafgerichtlicher Urteile gegenüber den Betriebsunternehmern, Bevollmächtigten oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeitsaufsehern für den Civilrichter, vor dem die in diesen Gesetzesbestimmungen angegebenen Ansprüche gegen die bezeichneten Personen geltend gemacht werden, bindende Kraft. Es ist also die in § 14 Nr. 1 des EG. ausgesprochene Regel und folglich der in § 259 der CPrO. enthaltene Grundsatz der freien Beweiswürdigung für die bezeichneten Prozesse wieder modifiziert; auch insoweit die cit. Gesetzesbestimmungen eine Feststellung durch strafgerichtliches Urteil als Voraussetzung für einen civilrechtlichen Anspruch erfordern, ist der Civilrichter an negative Feststellungen eines strafgerichtlichen Urteils gebunden. [Vgl. hierzu R. Piloty Reichsunfallversicherungsrecht I S. 139 ff., RG. 9. Apr. 1894 Entsch. XXXIII Nr. 19 S. 88.] Die strafgerichtliche Feststellung, daß der Verurteilte Betriebsunternehmer, Bevollmächtigter ꝛc. ꝛc. gewesen sei, bindet den Civilrichter nicht [OLG. Hamburg SA. XLVI Nr. 49].

Durch § 14 Nr. 1 werden Bestimmungen des materiellen Rechts, die an die Thatsache einer strafgerichtlichen Verurteilung gewisse Rechtsfolgen (z. B. die Ehescheidung) knüpfen, überhaupt nicht berührt; in solchen Fällen ist der Civilrichter zu einer Nachprüfung des strafgerichtlichen Urteils nicht befugt. [Vgl. RG. 1. März 1884 Entsch. XIII Nr. 46 S. 199 f.]

3. Zu Nr. 2: Vgl. die Bem. Nr. 1 Abs. 3 zu den §§ 255, 256. Beseitigt sind insbesondere die Beschränkungen des Zeugenbeweises in Code civ. art. 1341—1348, 1353. — Die Vorschrift des Cod. Max. Bav. civilis Tl. II Kap. 4 § 9, wonach die zum Beweise der unvordenklichen Verjährung beigebrachten Zeugen 40 Jahre alt sein müssen ꝛc., ist als materiellrechtlich nicht aufgehoben. [AM. R. Schmidt Bl. f. RA. LV S. 401 ff.] — Die Vorschrift der l. 32 C. de fideic. 6, 42 vgl. § 12 I. de fideicomm. her. 2, 23, wonach derjenige, welcher die Erfüllung eines sog. Oralfideikommisses verlangt, bei der Beweisführung auf die Zuschiebung des (nicht zurückschiebbaren) Haupteides beschränkt ist, ist nicht beseitigt, da das Oralfideikommiß ohne diese Beschränkung der Beweisführung seinen eigentümlichen Charakter verlöre. [Vgl. RG. 23. Jan. 1894 Entsch. XXXII Nr. 41 S. 159 u. L. Seuffert Jahrb. f. Dogm. XXXIV S. 484 ff.] — Vorschriften des materiellen Rechts, die für gewisse Rechtsgeschäfte die schriftliche Form verlangen, sind nicht berührt. [Vgl. RG. 20. März 1883 Entsch. X Nr. 77 S. 275; Code civ. art. 1690 ist nicht beseitigt.]

Digitized by Google

4. Zu Nr. 3: Durch Nr. 3 sind die sog. praesumptiones facti seu hominis (s. Wetzell Syst. § 15 N. 13, § 21 N. 5—7) beseitigt. Nicht berührt sind die Vorschriften, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als gewiß anzunehmen ist. Vgl. Bem. Nr. 1 zu § 16 des EG.

5. Zu Nr. 4: Durch Nr. 4 sind insbesondere aufgehoben die auf die Zulässigkeit von Moratorien bezüglichen Vorschriften in l. 2, 4 C. de precibus 1, 19 und RPO. v. 1577 Tit. 23 § 4; die Vorschriften über Urteilsfristen in l. 2, 4 § 5, l. 7, 29, 31 D. de re iud. 42, 1; §§ 2, 3 I. de off. iud. 4, 17; l. 6 § 2 D. de conf. 42, 2; l. 27 § 4 D. de R. V. 6, 1; l. 12 § 5 D. ad exhib. 10, 4; l. 4 § 7 D. de doli mali exc. 44, 4; die Vorschrift über die Befugnis des Gerichts zur Gewährung von Zahlungsfristen im Code civ. art. 1244 ꝛc. Die Vorschriften über die Befugnis der Gläubigermehrheit, außerhalb des Konkurses einen Zahlungsausstand zu gewähren (l. 8 C. qui bonis ced. 7, 71), sind durch § 4 des EG. z. KO. aufgehoben.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 5 zu § 292. Aufgehoben sind nur die Vorschriften, nach denen die im Prozesse geltend gemachten Nebenforderungen als aberkannt zu erachten sind, wenn darüber nicht ausdrücklich entschieden ist (pr. ALR. I 11 § 848). Nicht beseitigt sind Vorschriften, nach denen Nebenansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn die Hauptsache ohne Vorbehalt angenommen (quittiert) ist (pr. ALR. I 11 §§ 843, 845, vgl. a. l. 49 § 1 D. de a. e. v. 19, 1). Nicht beseitigt ist pr. ALR. I 11 § 846; nach Ablauf der Frist zum Ergänzungsantrage (CPrO. § 292) ist der Anspruch auf die Verzugszinsen erloschen. [So auch Eccius Förster pr. PrR. I § 68 bei N. 92—96. AM. Dernburg pr. PrR. II § 38 bei N. 16 f.] Was die Vorschriften der l. 4 C. de depos. 4, 34, l. 34 C. de usur. 4, 32, l. 3 C. de fruct. 7, 51 betrifft, so können sie jedenfalls einem Ergänzungsantrage nach § 292 nicht entgegengesetzt werden. Ob sie einer nachträglichen Klage auf die Nebensache noch entgegenstehen, ist von der Antwort auf die Vorfrage abhängig, ob die Versagung der nachträglichen Klage in diesen Stellen ihren Grund darin hat, daß die im Urteile übergegangenen Nebenansprüche als aberkannt gelten, oder darin, daß ohne Vorbehalt eine selbständige Klage auf diese Nebenansprüche nicht besteht. Vom ersteren Standpunkte aus wird man die cit. Vorschriften als durch § 14 Nr. 5 aufgehoben erachten [so Mandry der civilrechtl. Inhalt ꝛc. 3. Aufl. S. 285 N. 15, Ruhstrat Arch. f. c. Pr. LXV S. 277 ff.]; vom anderen Standpunkte aus [vgl. Windscheid Pand. II § 259 N. 10, Wächter Pand. II S. 280, Brinz Pand. (2. Aufl.) II S. 118 ff.] ist anzunehmen, daß die cit. Vorschriften auch jetzt noch der Nachklage auf die Nebensache entgegenstehen. Diese Ansicht dürfte richtig sein. [Vgl. Gaupp II S. 673 f. bei N. 16—19.]

§ 15.

Unberührt bleiben:

1) **die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens, für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht;**
2) **die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben; über das Verfahren in betreff der Sperre der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere; über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;**

Digitized by Google

3) die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren;

4) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände), sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden;

5) die Vorschriften des französischen und des badischen Rechts über den erwählten Wohnsitz, soweit es sich um Zustellungen handelt, und über das Verfahren bei Vermögensabsonderungen unter Eheleuten.

Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes.

Mot. S. 175. 486—488. KPr. S. 647—649. 756.

1. Zu Nr. 1: Vgl. GVG. § 17. — Landesgesetzliche Vorschriften: preuß. VO. v. 1. Aug. 1879, betr. die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden (GS. S. 573), bayer. Ges. v. 18. Aug. 1879 betr. die Entscheidung der Kompetenzkonflikte ꝛc. (G. u. VBl. S. 991) Art. 11—13; sächs. Ges. v. 3. März 1879 (G. u. VBl. S. 65); württ. Ges. v. 25. Aug. 1879 (RBl. S. 272); bad. Ges. v. 30. Jan. 1879 (G. u. VOBl. S. 191); hess. AG. z. CPrO. §§ 22—30. Über die Bedeutung der Entscheidung im Kompetenzkonflikte vgl. RG. Entsch. XI Nr. 103 S. 392. Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, daß der Gerichtsbeschluß, der den Civilprozeß wegen eines Kompetenzkonflikts einstellt, nicht anfechtbar sei [RG. 11. Nov. 1889 Entsch. XXV Nr. 98 S. 416 mit Bezug auf das hess. AG. z. CPr. §§ 22, 23].

2. Zu Nr. 2: a) Der erste Vorbehalt, betr. die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft ꝛc., ist namentlich zur Aufrechthaltung der in dem bay. Ges. v. 29. April 1869, betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften, Art. 49 Abs. 2, sowie der in dem bay. Ges. v. 29. April 1869, betr. die privatrechtliche Stellung der Vereine, Art. 30 Abs. 1 enthaltenen Bestimmungen über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft ꝛc. aufgenommen (Mot. S. 486). Da mit dem 1. August 1873 das Reichs-Genossenschaftsrecht auch in Bayern Geltung erlangte (s. RG. v. 23. Juni 1873, RGBl. S. 146), so hat der Vorbehalt in Bayern nur mehr für die „registrierten Gesellschaften" und für die „eingetragenen Vereine" Bedeutung.

b) Der Vorbehalt in Betreff der Zahlungssperre erstreckt sich, ebenso wie die anderen landesgesetzlichen Vorbehalte des § 15, auf die Bestimmungen über den Gerichtsstand, über die Aufhebung und den Vollzug der erkannten Maßregeln (Mot. S. 486). Vgl. bay. VO. v. 10. März 1810, Ges. v. 1. Juni 1822 und v. 11. Sept. 1825; württ. Ges. v. 18. Aug. 1879 über die Kraftloserklärung von Urkunden Art. 1, 2, 11—17 und Ges. v. 18. Aug. 1879 über die württ. Staatsschuldscheine Art. 8, 12, 15, 22, 25; bad. Ges. v. 14. Mai 1828 und EG. z. CPr. §§ 105 ff.; hess. AG. z. CPrO. Art. 11, 13.

c) Zu dem auf das Enteignungsverfahren bezüglichen Vorbehalt bemerken die Motive:

„Insoweit Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, nach den Gesetzen vor anderen Behörden als den bürgerlichen Gerichten ausgetragen werden müssen, findet auf das Verfahren in Gemäßheit des § 3 des EG. die CPrO. keine Anwendung."

Vgl. preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874, dazu

Digitized by Google

Ges. v. 2. Juli 1875 (GS. S. 561); bay. Ges. v. 17. Nov. 1837, die Zwangsabtretung vom Grundeigentum ꝛc. betr., nebst AG. z. CPrO. §§ 45—55; darüber Hauser Ztschr. f. R. u. LR. IV S. 38 und Schierlinger die auf den Civilprozeß bezügl. Normen des bay. Landesrechts S. 61 f.; württ. Verf.Urk. § 30, darüber Gaupp die auf den Civilprozeß bezügl. Normen des württemb. Landesrechts S. 105; bad. EG. v. 11. März 1879 § 113.

Auch landesgesetzliche Bestimmungen über den Gerichtsstand in Enteignungssachen sind vorbehalten [RG. 4. Nov. 1880 Entsch. III Nr. 82 S. 304, 7. Juni 1882 SA. XXXVIII Nr. 166].

3. Zu Nr. 3: Die Motive bemerken: „Der Ausdruck „erbschaftliches Liquidationsverfahren" umfaßt nicht bloß das spezifisch preußisch-rechtliche Institut dieses Namens, sondern allgemein jedes im Deutschen Reiche bestehende derartige gerichtliche Verfahren zum gleichen Zweck, insbesondere das in Württemberg im Falle des Gebrauchs der Rechtswohlthat des Inventars eintretende Offizialverfahren zur Auseinandersetzung des Nachlasses."

Vgl. preuß. Ges. betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereich des Allg. LR. v. 18. März 1879 (GS. S. 293); bay. AG. z. CPrO. §§ 150—157; württ. AG. z. KO. Art. 9, AG. z. CPrO. Art. 23, ferner Bem. Nr. 3 zu § 693.

4. Zu Nr. 4: Vgl. Bem. Nr. 2 Ziff. VIII vor § 644 (S. 818). Für Preußen: Anh. § 153 zu AGO. I 24 § 45 und Anh. § 242 zu AGO I 35 § 33; rhein. Ressort-Reglement v. 20. Juni 1818 § 25 (dazu Oppenhof die preuß. Gesetze über die Ressortverhältnisse S. 287 N. 279); allg. Verf. d. Just.Min. v. 18. Juli 1881 (JMBl. S. 160). Für Bayern: AG. z. CPrO. Art. 9; für Württemberg: AG. z. CPrO. Art. 21.

5. Zu Nr. 5: a) „Erwählten Wohnsitz" s. Code civ. art. 111, Code de proc. art. 59 Nr. 3.

b) „Verfahren bei Vermögensabsonderung ꝛc." — s. Code civ. art. 1443 ff., 1452, Code de comm. art. 65—70, Code de proc. art. 865—874; preuß. AG. z. CPrO. § 11; bay. AG. z. CPrO. Art. 190—197, bad. Einf.Ges. v. 3. März 1879 §§ 37—40, hess. AG. z. CPrO. Art. 192—199, els.-lothr. AG. z. CPrO. §§ 3—9.

6. Die Vorbehalte des § 15 beziehen sich auch auf künftige Landesgesetze [RG. 14. Okt. 1882 Entsch. VII Nr. 121 S. 400].

7. Der im § 15 des Entwurfs enthaltene Vorbehalt der Vorschriften des mecklenburgischen Rechts über das Verfahren des Fiskals gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen und auf Strafe wegen Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung ist von der JK. d. RT. gestrichen worden, nicht um jene Vorschriften zu beseitigen, sondern weil jenes Verfahren nicht als bürgerliche Rechtsstreitigkeit zu betrachten sei (KPr. S. 648).

§ 16.

Unberührt bleiben:

1) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist.

Insoweit der Beweis des Gegenteils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. der Civilprozeßordnung geführt werden.

Unberührt bleiben ferner:

2) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Be-

Digitized by Google

urkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;

3) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;

4) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können;

5) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung;

6) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle, sowie über die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln;

7) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Voraussetzungen der böslichen Verlassung, namentlich in Ansehung der Frist, welche seit der Entfernung des Beklagten verstrichen sein muß, sowie in Ansehung der Fälle, welche der böslichen Verlassung gleichgestellt sind;

8) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine böswillige Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der Beklagte die in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Rückkehrbefehle nicht befolgt hat.

Mot. S. 210—212, 208, 266, 343, 358, 359, 368, 488. KPr. S. 649, 650, 758. Anl. X S. 10 zum Prot. d. 164sten Sitzung.

1. Die Motive S. 488 bemerken, daß der Ausdruck „bürgerliches Recht" hier wie in der CPrO. gleichbedeutend mit „materielles Recht" gebraucht ist, und daß es gleichgültig sei, ob die betreffenden Vorschriften im Civilgesetzbuch oder in der Prozeßordnung stehen.

2. Zu Nr. 1: Litteratur: Burkhard die civilistischen Präsumptionen (1866), dort ist die ältere Litt. verzeichnet; Wetzell Syst. § 15 bei N. 10, § 17 bei N. 11, Renaud Lehrb. § 105, Windscheid Pand. I § 67 N. 5, 133 N. 10, Wendt Arch. f. c. Pr. LXIII S. 288 ff. Unberührt bleiben sowohl die Vorschriften, nach denen eine Thatsache unter Ausschließung jedes Gegenbeweises oder einer bestimmten Richtung von Gegenbeweisführung als gewiß anzusehen ist, die sog. Rechtsfiktionen (praesumptiones iuris et de iure), wie auch die zu den Regeln über die Beweislast gehörigen Vorschriften, die dem Richter gebieten, unter gewissen Umständen eine Thatsache bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß (richtiger: als des Beweises nicht bedürftig) zu behandeln, die sog. Rechtsvermutungen (praesumptiones iuris). Aufgehoben sind Beschränkungen in der Art der Beweismittel (EG. § 14 Nr. 2) und speziell in der Zulassung des Eides zum Zwecke des Gegenbeweises gegen die kraft einer Vermutung als des Beweises nicht bedürftig zu behandelnde Thatsache. Ob der Gegenbeweis geführt ist, ist nach der CPrO. zu beurteilen. — Vgl. a. Entw. II c. BGB. Anm. zu § 195.

3. Zu Nr. 2: Vgl. Bem. Nr. 3 zu § 383. Die Nr. 2 des § 16 ist wegen der früheren Landesgesetze nötig. Daß § 15 des RG. v. 6. Febr. 1875 nicht aufgehoben ist, folgt schon aus EG. § 13 Abs. 1.

4. Zu Nr. 3: Vgl. Bem. Nr. 1 vor § 780 (S. 978). Bestimmungen über den civil-

Digitized by Google

rechtlichen Offenbarungseid enthalten: preuß. AG. z. CPrO. § 30, bay. AG. z. CPrO. Art. 85, württ. AG. z. CPrO. Art. 16, bad. EG. v. 3. März 1879 §§ 34—36.

5. Zu Nr. 4: Vgl. Bem. Nr. 3 Abs. 2 zu § 814.

6. Zu Nr. 5: Vgl. Bem. Nr. 1 Ziff. 3 Abs. 2 vor § 568 (S. 751), hess. AG. z. CPrO. Art. 38 u. 95. — Über die Zulässigkeit der Scheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit bei gegenseitiger Einwilligung vgl. Richter Kirchenrecht 8. Aufl. ed. Kahl § 287 N. 28, wo auch die Litteratur angegeben ist; dazu Meurer das landesherrliche Ehescheidungsrecht (Freiburg i. B. 1891), auch in Arch. f. öff. Recht VI Bd. 1 Heft, und Stölzel das landesherrliche Ehescheidungsrecht (Berlin 1891).

7. Zu Nr. 6—8: Die drei Vorbehalte sichern den Fortbestand des materiellen Rechts in betreff der malitiosa desertio, der quasidesertio und des im preuß. ALR. II §§ 680, 684, 685, 708—710, 712, 713 sowie in anderen Partikularrechten vorkommenden, mit der böslichen Verlassung in Zusammenhang stehenden Instituts der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle. — Dazu preuß. AG. z. CPrO. §§ 5, 6; bay. AG. z. CPrO. Art. 89—92; anhalt. AG. z. CPrO. §§ 4, 5; Reuß ä. L. AG. z. CPrO. §§ 12, 13. Über das Hamburger Recht vgl. RG. 7. Apr. 1892 Entsch. XXIX Nr. 104 S. 392 ff.

In der JK. d. RT. ergaben sich Zweifel über die Tragweite der Nr. 6—8 des § 16. Es wurde schließlich konstatiert: „daß die Gerichte solche prozessuale Handlungen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Voraussetzungen gewisser civilrechtlicher Verhältnisse sind, auch in Zukunft noch vornehmen dürfen, selbst wenn diese Handlungen in der PrO. nicht erwähnt werden." (KPr. S. 649, 650, Anl. K zum Prot. der 164. Sitzung S. 10. Die preuß. VO. v. 28. Juni 1844 ist durch das preuß. AG. z. CPrO. § 5 aufgehoben und ersetzt.

§ 17.

Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.

Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden bleiben unberührt, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.

Mot. S. 488, 489. KPr. S. 650, 651, 758.

1. Nach tit. C. de non num. pec. 4, 30, l. 3 C. de dote cauta non num. 5, 15, Nov. 100 (vgl. Windscheid Pand. II § 344 Ziff. 2, § 372, § 504) hatten Quittungen vor Ablauf von dreißig Tagen, Darlehensschuldscheine vor Ablauf von zwei Jahren, in Dotalinstrumenten abgegebene Erklärungen über den Empfang der Dos vor Ablauf gewisser, je nach der Dauer der Ehe verschiedener Fristen keine Beweiskraft. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2) S. 161, 327 ff. und Schlesinger Formalkontrakte S. 188, 279 ff. bestritten, daß dies der Sinn der cit. Gesetze sei; aber jedenfalls wurden sie in Deutschland so verstanden. Diese Beschränkungen der Beweiskraft waren bereits durch den mit § 17 Abs. 1 gleichlautenden Art. 295 des HGB. für das Gebiet des Handelsrechts beseitigt. Sie sind in die neueren partikularrechtlichen Kodifikationen nicht übergegangen, sondern häufig durch besondere partikulare Gesetze (z. B. mecklenb.-schw. VO. v. 17. März 1838, mecklenb.-str. VO. v. 18. April 1838, bay. Ges. v. 26. März 1859, hamb. EG. z. HGB. v. 22. Dez. 1865 §§ 30, 34) aufgehoben oder doch wesentlichen Veränderungen (so z. B. durch kurhess. Ges. v. 29. Dez. 1840, hann. PrO. § 342, oldenb. PrO. § 542) unterworfen. — Der § 17 des EG. beseitigt alle derartigen Beschränkungen der Beweiskraft

Digitized by Google

von Urkunden, mögen sie auf gemeinrechtlichen oder partikularen Gesetzen beruhen, vorbehaltlich der im Abs. 2 gemachten Ausnahme.

2. Der in den citierten römischen Gesetzen enthaltene Rechtssatz, daß nach Ablauf der für die querela non numeratae pecuniae und non numeratae dotis bestimmten Fristen die Anfechtung des Schuld- oder Empfangsbekenntnisses ausgeschlossen sei — ein Satz, der in der deutschen Praxis zumeist nicht anerkannt, von Theoretikern teils schon für das römische Recht, teils auf Grund eines abändernden Gewohnheitsrechts bestritten ist [die Nachweise s. bei Gneist, formelle Verträge S. 97 ff.], aber als Bestandteil des römischen Rechts durch die Untersuchungen von Gneist form. Verträge, Bähr Anerkennung und Schlesinger Formalkontrakte erwiesen sein dürfte — ist zwar nicht ausdrücklich aufgehoben, muß aber, weil diese Ausschließung der Anfechtung mit der vorherigen Erleichterung der Anfechtung zusammenhängt, gleichwohl als beseitigt angesehen werden, soweit durch § 17 die Negation der Beweiskraft vor Ablauf der Fristen beseitigt ist. Manche Rechtslehrer (z. B. Arndts Pand. § 281 bei N. 7) nehmen an, daß gemeinrechtlich nach Ablauf der für die querela bestimmten Fristen zwar der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, wohl aber hinsichtlich der Beweismittel, namentlich der Zulässigkeit des Eides, beschränkt sei. Auch eine solche Beschränkung wäre durch § 17 Abs. 1 (vgl. a. § 14 Nr. 2 des EG.) beseitigt. [So auch Thöl HR. II § 249, Makower Komm. zu HGB. N. 26b zu Art. 295, Anschütz Völderndorff Komm. z. HGB. III S. 102 ff., Puchelt Komm. z. HGB. Anm. 1, 2 zu § 295, Mandry der civilr. Inhalt ꝛc. (3) S. 279, 400, L. Goldschmidt Jahrb. f. Dogm. XXIV S. 126 ff., Entsch. d. ROHG. IV S. 395.] In der Nürnb. Komm. z. Beratung des HGB. (Prot. S. 425 cf. 1320) war der Antrag gestellt, ausdrücklich die erwähnten Bestimmungen über Ausschließung oder Beschränkung des Gegenbeweises aufzuheben. Der Antrag wurde zurückgezogen, nachdem die Versammlung die Meinung ausgesprochen, daß das, was der Antrag bezwecke, sich von selbst aus der jetzt im HGB. Art. 295 enthaltenen Bestimmung ergebe.

3. Die Vorschriften des pr. ALR. I 11 §§ 752—756 sind zwar nicht durch § 17 Abs. 1 berührt, denn sie binden nicht die Beweiskraft an den Ablauf einer bestimmten Zeit; wohl aber sind die Bestimmungen in §§ 752, 753, 754, daß der Schuldschein nach Ablauf der Verjährungsfrist gegen den Schuldner und nach Ablauf der in §§ 753, 754 bestimmten Fristen gegen den Erben die Richtigkeit der Schuld nicht beweisen solle, als prozessualische Vorschriften über die materielle Beweiskraft einer Urkunde durch EG. § 14 Abs. 1 beseitigt. [Vgl. darüber Struckm. Koch N. 1, Wilm. Levy N. 1, A. Förster N. 2, Eccius Förster pr. PrR. II § 137 N. 60, Dernburg pr. PrR. II § 178 bei N. 36.]

4. Zu Abs. 2 bemerken die Motive: „Die Ausnahme, welche der § 17 Abs. 2 in betreff der zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden enthält, wird durch die Erwägung begründet, daß die in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten erlassenen desfallsigen Vorschriften vielfach mit den Einrichtungen des Hypothekenwesens in einem so innigen Zusammenhang stehen, daß sie ohne tiefeingreifende Störungen der Kreditverhältnisse nicht beseitigt werden können. Für Preußen hat diese Ausnahme durch die Grundbuchordnung v. 5. Mai 1872 (Mot. z. Entw. derselben S. 37) ihre Bedeutung verloren; dagegen bleibt sie von Wichtigkeit z. B. für Bayern (Ges. v. 26. März 1859 § 2), für Sachsen (Schmidt Vorl. über sächs. Privatrecht I S. 423, 424), für Sachsen-Weimar (EG. z. HGB. v. 18. August 1862 § 22), für Württemberg (EG. z. HGB. v. 13. August 1865 Art. 46)."

Das bay. Ges. v. 26. März 1856 ist durch das bay. AG. z. CPrO. Art. 235 Nr. 5 aufgehoben worden. Dieses AG. enthält in Art. 123 Nr. 1 eine neue Fassung des hier in Betracht kommenden § 47 des bay. Hyp.Gesetzes.

Digitized by Google

§ 18.

Auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze Anwendung.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Prozesse für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

Mot. S. 489, 490. KPr. S. 651, 749, 758.

1. Zu Abs. 1: Ob ein Prozeß vor dem Inkrafttreten der CPrO. anhängig geworden ist, ist nach dem früheren Prozeßrechte und nach den Ausführungsgesetzen (vgl. preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen ꝛc. v. 31. März 1879 § 1 Abs. 2; bay. AG. z. CPrO. Art. 226; sächs. Ges. v. 12. März 1879 § 3) zu beurteilen.

Die Vorschrift des § 18 gilt auch für das Mandatsverfahren, für das Entmündigungsverfahren, für den Arrestprozeß, für das einstweilige Verfügungen betreffende Verfahren, für das Aufgebots- und das schiedsrichterliche Verfahren. Wegen des schiedsrichterlichen Verfahrens vgl. Bem. Nr. 2 vor § 851 (S. 1038).

Auf die anhängigen Prozesse finden nicht bloß die rein prozessualischen, sondern auch die materiellrechtlichen Vorschriften der CPrO. keine Anwendung, soweit nicht Landesgesetze die CPrO. für anwendbar erklären.

Über die Frage, ob in einem nach dem früheren Prozeßrechte zu erledigenden Prozesse nach dem 1. Okt. 1879 noch Aktenversendung zulässig ist, vgl. Bülow Arch. f. c. Pr. LXV S. 1 ff., U. d. Hallischen Jur.Fak. in Ztschr. f. d. CPr. V S. 173 ff., Sydow Arch. f. c. Pr. LXV S. 321 ff., Struckm. Koch N. 7 zu GVG. § 12, Schultze Privatrecht und Prozeß S. 37—49, 127—215, L. Seuffert Ztschr. f. d. CPr. VIII S. 196—198, Wach Handb. I S. 217 N. 21, Hellmann Lehrb. S. 37 f.

2. Zu Abs. 2: Vgl. preuß. Ges. v. 31. März 1879; betr. die Übergangsbestimmungen §§ 1—6, 24; bay. AG. z. CPrO. Art. 226—228; sächs. Ges. v. 12. März 1879 §§ 3, 8, 11; württ. AG. z. CPrO. Art. 35—41; bad. EG. v. 3. März 1879 § 151; hess. AG. z. CPrO. Art. 69—89, 201—212.

§ 19.

Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurteile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urteils laufende Notfrist gebunden sind.

Mot. S. 490. KPr. S. 651, 758.

1. Endurteile im Sinne des § 19 sind solche Urteile, die den ganzen Rechtsstreit beendigen, gleichviel ob die Beendigung durch absolutio ab instantia, durch Abweisung zur Zeit oder durch definitive, den Anspruch zu- oder aberkennende Sentenz erfolgt. Kein Endurteil im Sinne des § 19 ist das Urteil, wodurch nur prozeßhindernde Einreden verworfen werden; ebensowenig das Urteil, das von mehreren im Prozesse befangenen Ansprüchen einen erledigt, einen anderen Anspruch anhängig läßt, und das Urteil, das bei fortdauernder Rechtshängigkeit des Gegenanspruchs den Anspruch erledigt. Dagegen ist Endurteil das Urteil, das unter Erledigung des in der Klage erhobenen Anspruchs einen einrede- (nicht widerklage-)weise erhobenen Gegenanspruch zum gesonderten Prozesse (ad se-

Digitized by Google

paratum) verweist, weil hier der Gegenanspruch nicht rechtshängig bleibt. Desgleichen ist als Endurteil im Sinne des § 19 zu erachten ein im Exekutivprozesse erlassenes Urteil, das die Nachklage im ordentlichen Verfahren vorbehält, weil nach dem gemeinen Prozeßrechte auch in diesem Falle der Prozeß nicht (wie nach CPrO. § 563) anhängig bleibt, sondern neue Klagestellung von Seite des im Exekutivprozesse Verurteilten nötig ist. Nicht Endurteil im Sinne des § 19 ist das durch Eid bedingte Urteil; ebensowenig das den Anspruch nur dem Grunde, nicht dem Betrage nach feststellende Urteil, wenn die Klage auch auf Leistung oder Feststellung des Betrags erhoben ist.

2. Rechtskräftig im Sinne des EG. (§§ 18, 20) ist das Endurteil, das nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Der Begriff „ordentliches Rechtsmittel" ist der CPrO. fremd und bedurfte daher besonderer Definition. Nach Abs. 2 sind „ordentliche Rechtsmittel" diejenigen Rechtsmittel der früheren Prozeßgesetze, welche an eine von dem Tage der Verkündigung oder Zustellung des Urteils laufende Notfrist, d. i. eine kraft des Gesetzes laufende, unerstreckbare präjudizierliche Frist (tempus fatale), gebunden sind. Dazu gehören gemeinrechtlich die Appellation, Oberappellation, Revision, ferner die an eine Notfrist der bezeichneten Art gebundenen partikularrechtlichen Rechtsbehelfe gegen Versäumnisurteile — Einspruch (z. B. bay. PrO. Art. 309 ff.), Wiedereinsetzung (z. B. bad. PrO. §§ 213—215) — sowie die Nichtigkeitsbeschwerde des franz. Rechts und der nachgebildeten Prozeßrechte. Nicht zu den ordentlichen Rechtsmitteln im Sinne des § 19 Abs. 1 gehören die Nichtigkeitsklage (querela nullitatis) und die Restitution des gem. Prozesses. Jene verjährt in 30 Jahren von der Möglichkeit der Klagerhebung an; diese ist an eine von der Kenntnis des Restitutionsgrundes (nicht von der Zustellung oder Verkündung des Urteils) laufende Frist gebunden.

§ 20.

Gegen Endurteile, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Civilprozeßordnung die Rechtskraft erlangt haben, sowie gegen Endurteile, welche in den vor diesem Tage anhängig gewordenen Prozessen nach demselben die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, in welcher Instanz die Klagen gegen solche Endurteile zu erheben sind.

Mot. S. 490. KPr. S. 651. 749. 758. 759.

§ 20 bezieht sich auf die gemäß § 18 nach dem früheren Prozeßrechte zu erledigenden Prozesse. Für diese Prozesse sind durch § 20 die sog. außerordentlichen Rechtsmittel des früheren Prozeßrechts für unzulässig erklärt. Dagegen ist die Restitutions- und Nichtigkeitsklage der CPrO. (§§ 541 ff.) allgemein zugelassen, auch wenn nach dem früheren Prozeßrechte ein derartiges Rechtsmittel nicht zulässig war. Die Erhebung dieser Klage, die Verhandlung, die Beurteilung der formellen [vgl. RG. 2. Juni 1883 Entsch. IX Nr. 105 S. 360] und materiellen Zulässigkeit ꝛc. ꝛc. bestimmt sich nach der CPrO. — Die Zuständigkeitsnormen der CPrO. § 547 finden auf die Restitutions- und Nichtigkeitsklagen gegen die nach dem früheren Prozeßrechte erlassenen Endurteile nur soweit Anwendung, als sie nicht durch die Landesgesetze modifiziert sind. Vgl. preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen ꝛc. v. 31. März 1879 § 12; bay. AG. z. CPrO. Art. 229; sächs. Ges. v. 12. März 1879 § 10; württ. AG. z. CPrO. §§ 35—40; bad. EG. § 153; hess. AG. z. CPrO. Art. 77, 207.

Digitized by Google

§ 21.

Eine vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung anhängig gewordene Zwangsvollstreckung ist nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten derselben anhängig gewordenen Zwangsvollstreckungen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

Mot. S. 490. KPr. S. 651, 749, 750.

1. Vgl. § 18. Von welchem Zeitpunkte an die Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, bestimmt sich nach dem früheren Prozeßrechte und etwaigen landesgesetzlichen Übergangsbestimmungen. Enthalten diese keine abweichenden Anordnungen, so ist nach den Rechten, die eine Verfügung der Zwangsvollstreckung durch das Gericht erfordern, die Exekutionsverfügung (nicht erst deren Vollzug) entscheidend; erfolgt nach partikularem Prozeßrechte die Vollstreckung nicht durch das Gericht, so ist die Zwangsvollstreckung erst mit dem Beginne des Vollzugs anhängig.

Übergangsbestimmungen sowie Bestimmungen über den Zeitpunkt, mit dem eine Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, enthalten preuß. Ges. v. 31. März 1879, betr. die Übergangsbestimmungen ꝛc., §§ 16—18, 25—32, preuß. Ges. v. 4. März 1879, betr. die Immobiliarvollstreckung §§ 26—35; bay. AG. z. CPrO. Art. 230; sächs. Ges. v. 12. März 1879 §§ 14—18; württ. AG. v. 18. Aug. 1879 Art. 46; hess. AG. z. CPrO. §§ 86 u. 211.

Durch Landesgesetze kann auch die Anwendbarkeit des in der CPrO. enthaltenen materiellen Rechts auf bereits anhängig gewordene Zwangsvollstreckungen ausgesprochen, daher insbesondere auch einer nach den früheren Prozeßgesetzen vollzogenen Pfändung die Wirkung des Exekutionspfandrechts beigelegt werden (KPr. S. 759).

2. Eine vor dem Inkrafttreten der CPrO. noch nicht anhängig gewordene Zwangsvollstreckung kann nur nach den Bestimmungen der CPrO. ausgeführt werden. Von einer anhängigen Vollstreckung kann abgestanden und die Vollstreckung nach der CPrO. neu begonnen werden.

3. Die Bestimmungen des § 21 finden auf die Vollziehung der den Arrestbefehlen und vorläufigen Verfügungen entsprechenden Dekrete des früheren Prozeßrechts entsprechende Anwendung.

§ 22.

Aus einer vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozeßordnung entspricht.

Mot. S. 418, 419, 490. KPr. S. 651, 749, 750.

Entspricht eine vor dem Inkrafttreten der CPrO. aufgenommene Urkunde den Erfordernissen der CPrO. § 702 Nr. 5 (vgl. dazu die Bem. Nr. 5 zu § 702), so ist sie nach dem Inkrafttreten der CPrO. im ganzen Reiche vollstreckbar. Entspricht sie diesen Erfordernissen nicht, so ist ihr durch § 22 die Vollstreckbarkeit innerhalb des Rechtsgebiets gewahrt, wo die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben.

Digitized by Google

§ 23.

Insoweit Pfand- oder Vorzugsrechte, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung auf Grund eines Vertrags, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, gegenüber einem Pfandrechte, welches durch eine nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung begründet wird, zufolge des § 709 Abs. 2 der Civilprozeßordnung ihre Wirksamkeit verlieren würden, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten das bisherige Vorrecht gewähren.

Das Vorrecht kann nicht gewährt werden gegen eine zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung bewirkte Pfändung, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, daß dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmäßig angemeldet ist. Der Erlaß von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register, sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau des Schuldners für Forderungen, welche vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung entstanden sind, entsprechende Anwendung.

KPr. S. 651, 652, 750—761.

1. Vgl. EG. z. KO. §§ 12, 13; Mot. z. KO. S. 476. — Preuß. AG. z. KO. §§ 18—21, 25—36, preuß. Ges. betr. die Übergangsbestimmungen § 32; bay. AG. z. CPr. Art. 234 und Bekanntm. v. 27. Mai 1879 (G. u. VBl. S. 637); sächs. Ges. v. 11. März 1879 (GVl. S. 91) und VO. v. 9. August 1879 (GVl. S. 315); württ. VO. v. 16. April 1881 (RVl. S. 299); hess. AG. z. CPrO. Art. 100—109; mecklenb. VO. v. 14. Mai 1880 (RVl. Schwerin S. 69, Offiz. Anz. Strelitz S. 119); sachs. altenb. VO. v. 15. August 1879 (GS. S. 201); Reuß ä. L. VO. v. 24. September 1879 (GS. S. 260); Reuß j. L. Ges. v. 16. September 1879 (GS. XIX S. 169).

2. Das auf Grund des § 23 landesgesetzlich gewährte Vorzugsrecht vor dem Pfändungspfandrecht gilt auch im Konkurse des Schuldners. [Die Widerlegung der gegenteiligen Ansicht des RG. 6. Okt. 1880 Entsch. II Nr. 25 S. 93 ff. s. bei Wilm. Levy N. 1, u. Wilmowski Komm. z. KO. EG. § 12 N. 1, Barkhausen Beitr. z. E. d. DR. XXVI S. 807 ff., OLG. Rostock Meckl. Ztschr. IV S. 353 ff., V S. 320 ff.]

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichem Insiegel.

Gegeben Berlin, den 30. Januar 1877.

(L. S.) **Wilhelm.**

Fürst von Bismarck.

Digitized by Google

Wort- und Sachregister.

Die größer gedruckten Zahlen verweisen auf die Paragraphen, die kleiner gedruckten Zahlen auf die Bemerkungen.

Abänderung des Urteils durch das Gericht, von dem das Urteil erlassen ist, ist unstatthaft 289; des Urteils in der Berufungsinstanz 498; von Beweisbeschlüssen 325; von Arresten und einstw. Verf. 805, 815; von Beschlüssen Bem. [1] vor 272 (S. 388).
Abfassung des Urteils 286.
Abkürzung von Fristen 202—204.
Ablehnung von Gerichtspersonen 41—49; wegen eines Ausschließungsgrundes 42; wegen Besorgnis der Befangenheit 42; Zeitpunkt der A. 43, 44; Verfahren über das Ablehnungsgesuch 44—46; Vornahme von Prozeßhandlungen durch den abgelehnten Richter 47; A. des Gerichtsschreibers 49; Mitwirkung eines abgelehnten Richters bei der Entscheidung ist Revisions- und Nichtigkeitsgrund 513 Nr. 3 und 542 Nr. 3.
Ablehnung von Sachverständigen 371, 377.
Ablehnung von Schiedsrichtern 858, 871.
Ablehnungsgesuch 44—46.
Ablehnungsgründe 41, 42.
Ablehnungsklage 858, 871.
Abschätzung der gepfändeten Gegenstände 716.
Abschriften der Urkunden sind den Schriftsätzen beizufügen 122; A. der Schriftsätze, Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei 124; A. des zuzustellenden Schriftstücks sind dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber zu übergeben 155; A. aus den Prozeßakten 271; A. von Urteilen dürfen nicht erteilt werden, bevor das Urteil verkündet und unterschrieben ist 288; A. aus den Zwangsvollstreckungsakten 680; A. von öffentlichen Urkunden 400.
Absolutio ab instantia 130 [3], 247 [2] (S. 344), 248 [2], 293 [3b], 295 [2 u. 3], 296 [2], 560 [2].
Absonderungsrecht 709 [2c], [4], 810 [1b].
Abstehen von der Klage 243; A. vom Urkundenprozesse 559.
Abweisung der Klage angebrachter Maßen s. abs. ab inst.; A. des Anspruchs bei Zurücknahme der Klage 243; A. des Antrags auf Versäumnisurteil 300; A. im Urkundenprozeß 560.
Accessionen s. Nebenforderungen.
Accessorische Intervention s. Nebenintervention.
Accessorischer Gerichtsstand 17.
Actio ad exhibendum 27 [1], 387 [4a], a. aquae pluviae arcendae 27 [1]; a communi dividundo 25 [2e]; a. confessoria 7 [2], 25 [2b], a. familiae erciscundae 25 [2e], 28 [2]; a. finium regundorum 25 [2d]; a. hypothecaria 25 [2b], 26; a. legis Aquiliae 27 [1]; a. negatoria 7 [2], 25 [2c]; a. pignoraticia in rem 712 [2]; a. Publiciana 25 [1a]; a quod metus causa 27 [1]; a quod vi aut clam 27 [1]; a. redhibitoria 29 [4]; a. spolii 25 [2f].
Actiones in rem scriptae 27 [1]; praeiudiciales s. Feststellungsklagen.
Abcitation s. Beiladung.
Abhäsion s. Anschließung.
Adoptivverhältnis, Ablehnungsgrund 41; Grund zur Weigerung des Zeugnisses 348 Nr. 3, 350, 358 Nr. 3.
Aenderung der Eidesform 431.
Aenderung der Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters und des Gerichtsschreibers durch das Prozeßgericht 539.
Aenderung der Klage 235 Nr. 3, 240, 241, 242, in der Berufungsinstanz 489; in Ehesachen 574.
Aerzte, Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5, 350; Pfändung 715 Nr. 6.
Affektionswert 3 [3].
Affirmativer Kompetenzkonflikt 36 [6].
Agentur, Gerichtsstand 22 [3].
Akten, Anordnung der Vorlegung 134; Einsicht derf. A. 271; Einholung der A. öffentl. Behörden 397; A. des Gerichtsvollziehers 680; A. der Vorinstanz 506, 529.
Aktenversendung EG. 18 [1].
Aktien, Pfändung 712; Amortisation 837 ff.
Aktives Heer, aktive Marine, Zustellung 158; Ladung 343; Bestrafung wegen Verweigerung des Zeugnisses 355; Zwangsvollstreckung 673; Haft 793.
Alimentation der Ehefrau während des Scheidungsprozesses 584, 819 [1].

Digitized by Google

Alimentenforderungen, Pfändung der A. 749 Nr. 2; Pfändung wegen A. 749 Abs. 4.
Alimentensachen, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 648 Nr. 6; Provisorien 819[1].
Allgemeiner Gerichtsstand s. Gerichtsstand, allgemeiner.
Alternative Verbindlichkeit, Wertfestsetzung 3[4], Urkundenprozeß 555[1b], Vollstreckung 686[1], 769[1].
Amortisation s. Aufgebotsverfahren.
Amtsgericht, sachliche Zuständigkeit 1: Verfahren vor dem A. 456—471; Zustellung der Klage 458, 460; Einladungsfrist 459; Erscheinen der Parteien ohne Ladung 461; mündliche Klagerhebung 461; Verhandlung über einen Zwischenstreit, Berichtigung ꝛc. eines Urteils, Einspruch, Wiedereinsetzung, Intervention, Streitverkündung 462; Mitteilung von Anträgen ꝛc. durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers 463; Verfahren bei der mündlichen Verhandlung 464; prozeßhindernde Einreden, insbesondere Einrede der Unzuständigkeit 465; Verweisung der Sache an das Landgericht wegen Unzuständigkeit des A. 466, wegen Erhebung von Ansprüchen, die zur Zuständigkeit des Landgerichts gehören 467; Nichtanwendung der §§ 269 u. 313—319, 469; Inhalt des Sitzungsprotokolls 470; Sühneversuch vor dem A. 471.
Amtsverschwiegenheit 341, 348 Nr. 5, 350.
Anerkenntnisse sind zu protokollieren 146 Nr. 1; Urteile auf Grund von A. 278; in Ehe- und Entmündigungsprozessen 577, 611, 624; Urteile auf Grund von A. sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären 649 Nr. 1.
Anerkennung des Anspruchs durch den Prozeßbevollmächtigten 77; sofortige A. des Anspruchs, Prozeßkosten 89; Anerkennung von Privaturkunden 404.
Anerkennungsklagen s. Feststellungsklagen.
Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Benachteiligung der Gläubiger 32[3b, II] vor 217, 217[7], 709[2c], 764[1], 807[1], 810[1b]; A. von Schiedssprüchen 870.
Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß 605—615; A. gegen das Ausschlußurteil 834, 848.
Angehörige, Zustellung an A. 166; Zeugnisverweigerungsrecht der A. 348, 349, 350.
Angriffs- und Verteidigungsmittel, Begriff 137[1]; Beschränkung der Verhandlung auf einzelne A. u. V. 137; Geltendmachung von A. u. V. 251; Geltendmachung von A. u. V. durch den Nebenintervenienten 64, 65; im Rechnungsverfahren 315, 319; Kosten nutzloser A. u. V. 91; Kosten besonderer A. u. V. eines Streitgenossen 95; Verbindung eines A. o. V. mit Geständnis 262; Zwischenurteil über ein A. o. V. 275, 426; neue A. u. V. in der Berufungsinstanz 491.
Anheftung an die Gerichtstafel 187, 825, 826; A. an die Thüre 167.
Anlagen zu den Schriftsätzen 121, 122; zum Sitzungsprotokoll 146, 269, 270.
Anmeldung im Verteilungsverfahren 759; im Aufgebotsverfahren 828.
Annahme eines Eides 280, 417—419, 429, 421, 495.
Annullation einer Ehe Bem.[1] vor 568 (S. 750).
Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien 132, 268, 579; A. der Vorlegung von Akten 133; A. eines vorbereitenden Verfahrens 250, 314.
Anordnung des Vorsitzenden, deren Beanstandung 131.
Anschließung an die Berufung 482, 483; an die Revision 529; des Pfändungsgläubigers 753[3].
Anschlußpfändung bei körperlichen Sachen 727, 728; A. bei Geldforderungen und anderen Ansprüchen 750—753.
Anspruch, Begriff 136[3b]; Entscheidung über den Grund eines A. 276; Verzicht auf Anspruch 277; Anerkennung eines A. 278; Geltendmachung im vorbereitenden Verfahren 319, in der Berufungsinstanz 491.
Ansprüche Dritter gegenüber einer Zwangsvollstreckung 690.
Ansprüche, vermögensrechtliche 21, 24, 40, 508, 649 Nr. 4; Erläuterung des Begriffs 21[3].
Anstalten, Gerichtsstand 19.
Anteilsrechte, Pfändung 754[1].
Anträge in den vorbereitenden Schriftsätzen 121 Nr. 2; in der mündlichen Verhandlung 128; Feststellung der A. zu Protokoll 146 Nr. 2, 269; A. in der Klageschrift 230 Nr. 2 u. 230[3V]; A. müssen im landgerichtlichen Verfahren verlesen werden 369; A. der Parteien als Grenze des Urteils 279; A. in der Berufungsinstanz 480, 498; A. auf vorläufige Vollstreckbarkeit 649, 653, 654; im Entmündigungsverfahren 595, 616; im Mahnverfahren 628, 630, 639; A. im Aufgebotsverfahren 824, 840, 843, 844.
Antretung des Beweises 255; durch Augenschein 366; durch Zeugen 338; durch Sachverständige 368; durch Urkunden 385, 386, 398, 397; durch Eid 416; im Urkundenprozeß 555, 558, 561.
Anwalt, Gerichtsstand für Klagen des A. auf Gebührenzahlung 34; Vertretung durch einen Anwalt in Anwaltsprozessen 74 (s. Anwaltsprozeß); Haftung des A. für verschuldete Prozeßkosten 97; Beiordnung eines A. im Armenrecht 107 Nr. 3, 115; Untersagung des Vortrags wegen Mangels der Fähigkeit unzulässig 143; Zustellung an Gehülfen des A. 1868; Zustellung von A. zu A. 181; Tod, Wegfall des A. 221; Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350; Bestellung eines A. in Entmündigungssachen 609, 624; Pfändung gegen den A. 715 Nr. 6. S. auch Bevollmächtigter.

Digitized by Google

Anwaltsbestellung, Aufforderung dazu 192; A. in Revisionssachen in Bundesstaaten, wo ein oberstes Landgericht besteht EG. 8.
Anwaltsgehülfen 143[4], 168.
Anwaltskosten 87.
Anwaltsprozeß 74; Kündigung der Vollmacht 83; Mangel der Vollmacht 84, 85; Beistände 86; Vorbereitung durch Schriftsätze 120; Unterschrift des Anwalts unter den Schriftsätzen 121 Nr. 6, vgl. unter der Klage 230[3 VI]; Befugnis der Partei zur Ergreifung des Worts 128; Zustellungen 152; Tod des Anwalts 221; im Beschwerdeverfahren 532[2]; in dem Arrest oder einstw. Verf. betr. Verfahren 801, 802[1 II b], 804, 805[1], 807[2].
Anwaltszwang s. Anwaltsprozeß.
Anweisungen kaufmännische, Amortisation 837 ff.
Anwesenheit der Parteien bei der Beweisaufnahme 322.
Appellation s. Berufung.
Apotheker, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348[6]; Pfändung 715 Nr. 8.
Arbeiter, Gerichtsstand 21; vorläufige Vollstreckbarkeit 649 Nr. 2; Pfändung 749 Nr. 1.
Arbitratoren Bem.[2] vor 851.
Armenrecht 106—118; Voraussetzungen 106; Ausländer 106; Wirkungen 107; Befreiung von Gebühren 2c. 107 Nr. 1, von Sicherheitsleistung 107 Nr. 2; Beiordnung eines Anwalts und Gerichtsvollziehers 107 Nr. 3; Gesuch 109; Vermögenszeugnis 109; in der höheren Instanz 110, 532; Befreiung des Gegners von den Kosten 111; Entziehung 112; Tod der armen Partei 113; Beitreibung der Kosten von dem Gegner 114, 115; Nachzahlung 116, 118; Entscheidung 117, 118.
Arrest, Vollmacht 78; Verfahren 796—813; Voraussetzungen 796; dinglicher Arrest 797; persönlicher Sicherheitsarrest 798; Zuständigkeit 799; Gesuch, Arrestgrund 800; Verfahren und Entscheidung 801—803; Kosten 801, 802[5]; Widerspruch 804; Entscheidung über den Widerspruch 805; Klage in der Hauptsache 806; Aufhebung des A. 807; Vollziehung 808—812, in bewegliches Vermögen 810, in unbewegliches Vermögen 811, des Personalarrestes 812; Aufhebung des vollzogenen Arrestes 813.
Arrestatorium 730[2 b].
Arrestbefehl 803, 809.
Arrestgericht 810, 812.
Arrestgesuch 800.
Arrestgrund 797, 798, 800.
Arrestpfandrecht 810.
Arrestrechtfertigungsverfahren 804—806.
Auctoris nominatio 73.
Aufenthaltsort, Gerichtsstand 18 vgl. 55; unbekannter A. 186.
Auffinden eines Urteils oder einer Urkunde als Restitutionsgrund 543 Nr. 7.
Aufforderung zur Anwaltsbestellung 192; A. zur Klage s. Aufgebotsverfahren; A. zur Liquidation im Verteilungsverfahren 759.
Aufforderungen im Vollstreckungsverfahren 683.
Aufgebotsfrist 834.
Aufgebotstermin 824, 827, 828, 841, 843, 844, 845, 846, 847.
Aufgebotsverfahren 823—850; Zulässigkeit und Zuständigkeit 823; Antrag 824; öffentliche Bekanntmachung 825, 826; Aufgebotstermin 827; Anmeldung 828; Ausschlußurteil 829, 830; Bestimmung eines neuen Termins 831, 832; Bekanntmachung des Ausschlußurteils 833; Anfechtung des Ausschlußurteils 834; Frist für die Anfechtungsklage 835; Verbindung mehrerer Aufgebote 836; besondere Bestimmungen über die Amortisation von Wechseln 2c. 837; Antragsberechtigte bei Inhaberpapieren 838; Zuständigkeit 839; Antrag 840; Aufgebot 841; Bekanntmachung 842; Aufgebotstermin bei Schuldurkunden mit Zins- oder Dividendenscheinen 843—845; Aufgebotstermin bei Schuldurkunden, deren Verfallzeit bei der ersten Einrückung noch nicht eingetreten ist 846; Frist 847; Ausschlußurteil Bekanntmachung 848; Aufgebot von Urkunden, die auf den Inhaber lauten 849; Berechtigung dessen, der das Ausschlußurteil erwirkt hat 850.
Aufhebung der Kosten 88, 93; A. der Trennung, Verbindung, Aussetzung 141; A. der Versäumnisfolgen 210; A. des Versäumnisurteils 308; A. eines strafgerichtlichen Urteils als Restitutionsgrund 543 Nr. 6; A. des Entmündigungsbeschlusses 612; A. der Entmündigung 613 ff., 616 ff., 620, 624 ff.; A. von Arresten und einstweiligen Verfügungen, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 648 Nr. 5; A. von Vollstreckungsmaßregeln 703; A. eines Arrestes 813: A. des Schiedsvertrags 859; A. des Schiedsspruchs 860, 867, 871.
Aufhebungsklage gegen die Entmündigung 620, 626; A. gegen den Schiedsspruch 800, 867, 871.
Aufnahme des Verfahrens nach Unterbrechung oder Aussetzung 217, 219, 223, 227.
Aufnahmebefehl in Ehesachen EG. 16 Nr. 6.
Aufrechnung s. Kompensation.
Aufrechthaltung der Ordnung 144.
Aufruf der Sache 127[2 a], 197.
Aufschiebende Kraft der Beschwerde 535; der Berufung und der Revision 645.
Auftrag an den Gerichtsvollzieher z. Zwangsvollstreckung 674, 674[1], 675.
Augenschein zur Ermittelung des Werts des Streitgegenstandes 3; Anordnung des A. von Amtswegen 135; Ergebnis des A. ist zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 4; Beweisantretung 336; Zuziehung von Sachverständigen 337; Einnahme des A. durch einen beauftragten oder ersuchten Richter 337; A. zur Sicherung des Beweises 447.
Ausbleiben des Klägers 295; des Beklagten

Digitized by Google

296; A. einer Partei im vorbereitenden Verfahren 316; A. der Parteien am Beweistermin 332; A. des geladenen Zeugen 345; A. eines Sachverständigen 374.
Auseinandersetzungen 313.
Ausfertigungen, deren Zustellung 156; A. des Urteils 288; vollstreckbare A. 662—666, 691, 702, 705; A. von Schiedssprüchen 865.
Aushang des Urteilsverzeichnisses 287, 291.
Ausländer, Gerichtsstand 18; Prozeßfähigkeit 53; Pflicht zur Sicherheitsleistung für die Kosten 102, 103; Armenrecht 106; Zeugnispflicht 342[5].
Ausländische öffentliche Urkunden 403.
Ausländische Staaten, deren Unterwerfung unter die inländische Gerichtsbarkeit Bem. [5] vor 12, 796[5].
Ausländische Urteile, Zwangsvollstreckung 660, 661.
Ausländisches Recht, dessen Beweis 265; dessen Verletzung begründet nicht Revision 511[3IIa] (S. 661 f.), 525[4].
Ausland, Zustellungen im A. 182, 184, 459; öffentliche Zustellungen 186—189; Zustellung eines Versäumnisurteils in A. 304; Beweisaufnahme im A. 328, 329, 334; Ladung von Zeugen im Auslande 342[5]; kein Mahnverfahren, wenn Zustellung im Auslande erfolgen müßte 628; Zwangsvollstreckung aus ausländischen Urteilen 660, 661; Zwangsvollstreckung im A. 700; Notwendigkeit der Zwangsvollstreckung im A. Arrestgrund 797.
Auslassung im Urteil 291.
Auslegung einer Urkunde als Revisionsgrund 511[5].
Aussagen der Zeugen und Sachverständigen sind zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 3; Ausnahme 147.
Ausschließlicher Gerichtsstand s. Gerichtsstand, ausschließlicher.
Ausschließung der Richter 41; des Gerichtsschreibers 49; des Staatsanwalts 49[1].
Ausschlußurteil 829, 830, 833, 834, 843, 844, 848, 850.
S. a. Aufgebotsverfahren.
Aussetzung des Hauptprozesses bei Hauptintervention 62; A. der Urteilsverkündung 281; A. der Zwangsvollstreckung 696.
Aussetzung des Verfahrens, Vollmacht 82; bis zur Erledigung eines präjudiziellen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung einer Verwaltungsbehörde 139; bis zur Erledigung des Strafverfahrens 140; Zurücknahme derartiger Anordnung 141; A. bei Tod einer Partei, Prozeßunfähigkeit, Wegfall des gesetzlichen Vertreters 223; bei Krieg 224; Gesuch und Entscheidung 225; Beschwerde 229; Wirkung der A. 226; Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens 217, 219, 223, 227, 462; A. in Ehesachen 580; A. wegen Kompetenzkonflikts EG. 15 Nr. 1.
Auswahl der Sachverständigen 369, 370.
Auswanderungsexpedienten, Streitigkeiten der A. mit Reisenden 649 Nr. 3.
Außergerichtliches Geständnis 255[5], 261[5], Bem. [2b] vor 380 (S. 509 f.).
Außerordentliche Rechtsmittel EG. 20.
Auszüge aus den zuzustellenden Urkunden 122; aus den Schriftstücken bei öffentl. Zustellung 188; aus den Prozeßakten 271; aus Urteilen 288; aus öffentl. Urkunden 400[2]; aus den Akten des Gerichtsvollziehers 680.

Banknoteninhaber, Vorzugsrecht EG. 23.
Beamte als Zeugen 341, 348, 350; als Sachverständige 373; Pfändung 715, 749; Verhaftung 791.
Beantwortung der Klage 233; der Berufung 484; der Revision 519.
Beauftragter und ersuchter Richter, Begriff 151[1]; zum Verfahren vor dem b. u. e. R. kein Anwalt erforderlich 74; Zuziehung des Gerichtsschreibers 151; Sühneversuch 26[8]; b. R. für das vorbereitende Verfahren 313, 314; b. od. e. R. für die Beweisaufnahme 320, 326, 330, 331; für Augenschein 337; für Zeugen- und Sachverständigenvernehmung 340, 370; für Eidesabnahme 441; Befugnisse des b. u. e. R. bei Verweigerung des Zeugnisses 353, 365; bei Verweigerung einer Frage stellung an Zeugen 365; Ernennung von Sachverständigen 370; Abänderung der Entscheidung des b. u. e. R. durch das Prozeßgericht 539; Vernehmung einer Partei vor dem b. u. e. R. in Ehesachen 579; Vernehmung des zu Entmündigenden 598.
Bedienstete, Zustellung 166, 169.
Bedingte Ansprüche im Arrestverfahren 796[4].
Bedingter Zahlungsbefehl s. Mahnverfahren.
Bedingtes Endurteil, Begriff 425; Inhalt 427; Berufung dagegen 472[1a]; Erledigung in der Berufungsinstanz 499.
Bedingtes Zwischenurteil 426.
Beeidigung der Sachverständigen 375; in Ehesachen 597; in Entmündigungssachen 604, 617, 621.
Beeidigung der Zeugen 356—358; Einzelbeeidigung 356; Verzicht auf die Beeidigung 356; Eidesform 357; fakultative Beeidigung 358; B. d. Z. in Ehesachen 597; in Entmündigungssachen 604, 617, 621.
Befangenheit des Richters 42, 43.
Befriedigungsgebot findet nicht statt Bem. [3VI] vor 644 (S. 817).
Befristete Ansprüche im Arrestverfahren 796[3].
Beginn des Prozesses 230, EG. 18; der Zwangsvollstreckung 671, 672, 693, 694; EG. 21.
Beglaubigtes Handzeichen 381[3b].
Beglaubigung der Vollmacht 76; von Abschriften 156.
Begutachtung durch Sachverständige s. Sachverständige.
Behörden, Gerichtsstand 19; Zustellungen an B. 169; Editionsverfahren gegen B. 397;

Digitized by Google

Urkunden v. B. s. öffentliche Urkunden; B. als Schiedsrichter 858[3].
Beichtgeheimnis 348[5], 350[5].
Beiladung 56, 57[4], 60, Bem. [1] vor 61; 73, 607, 753.
Beistände, Gerichtsstand für Klagen der B. 34; Zuziehung von B. 86; Entziehung des Wortes 143; Ausschließung wegen geschäftsmäßigen Betriebs 143; Zurückweisung im Sühnetermin in Ehesachen 572; Bestellung von B. für Geistesschwache ꝛc. EG. 10.
Beitritt des Nebenintervenienten 63, 71; des Pfändungsgläubigers 753[3].
Bekanntmachung, öffentliche, bei Zustellungen 187, 190, 304; der Entmündigung wegen Verschwendung und der Wideraufnahme 627; in Aufgebotssachen 825, 826, 832—834, 842, 848.
Belegene Sache, Gerichtsstand 25—27.
Benachrichtigung des Drittschuldners von dem Bevorstehen der Pfändung 744.
Benefizialerbe 695, 696.
Beneficium competentiae 686[1]; b. inventarii 695, 696.
Benennung des rechten Besitzers 73.
Berichtigung von Erklärungen des Bevollmächtigten ꝛc. durch die Partei 81, 86; B. thatsächlicher oder rechtlicher Ausführungen ist keine Klageänderung 240 Nr. 1; B. von Schreib- oder Rechnungsfehlern im Urteil 290; in Beschlüssen 290[5]; in Mahnbefehlen 632[2]; B. des Thatbestandes 291; B. der Eidesnorm 431.
Berufung 472 ff.; Charakter des Rechtsmittels Bem. [2] vor 472; Zulässigkeit 472; Berechtigung zur Einlegung 472[2]; aufschiebende Kraft der B. 645; Prüfung der vorausgegangenen Entscheidungen durch das Berufungsgericht 473; B. gegen Versäumnisurteile 474; Verzicht auf die Berufung 475; Zurücknahme 476; Frist 477, 478; Berufungsschrift 479, 480; Einlassungsfrist 481; Anschließung 482, 483; Beantwortung der Berufungsschrift 484; Verfahren 485; Vertagung 486; mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht 487, 488; Aenderung der Klage 489; prozeßhindernde Einreden 490; neue Angriffs- und Verteidigungsmittel 481; neue Ansprüche 491; Verlust des Rügerechts 492; Nachholung von Erklärungen 493; Wirksamkeit des in erster Instanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses 494; Wirksamkeit der in der ersten Instanz erfolgten Annahme oder Zurückschiebung eines Eides, sowie der Eidesleistung 495; vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung 496; Prüfung der Statthaftigkeit der B., der Frist und Form erfolgt von Amtswegen 497; die Abänderung kann nicht weiter gehen als die Anträge 498; Devolutiveffekt 499; Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz 500, 501; Zurückweisung von Verteidigungsmitteln 502, 503; Versäumnisverfahren 504; Thatbestand 505; Einforderung der Akten 506; Revision wegen Unzulässigkeit der B. 509 Nr. 1; Verpflichtung des Berufungsgerichts, bei Zurückverweisung der Sache die Rechtsansicht des Revisionsgerichts seiner Entscheidung zu Grunde zu legen 528; Kosten der B. 92, 476.
Berufungsanträge 480, 498.
Berufungsbeantwortung 484.
Berufungsfrist 477, 478, 497.
Berufungsgericht Bem. [3] vor 472; Zuständigkeit des B. für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 457; B. als Gericht der Hauptsachen bei Arresten und einstweiligen Verfügungen 821.
Berufungsschrift 478, 480.
Beschädigung von Grundstücken 27.
Bescheinigung s. Glaubhaftmachung.
Beschlagnahme von Forderungen s. Pfändung von Forderungen.
Beschlüsse, Begriff Bem. [1] vor 272; Verkündung durch den Vorsitzenden 127; Protokollierung der B. 146 Nr. 5; Notwendigkeit der Verkündung oder Zustellung 294; B. über Berichtigung von Schreibfehlern ꝛc. 290; über Einspruchsfrist 304; B. über den Antrag auf Sicherung des Beweises 451; B. in Entmündigungssachen 593, 602 ff., 616, 619, 623; B. im Arrestverfahren 802, 804, 813.
S. a. Beweisbeschluß.
Beschränkung der Vollmacht 79; B. der Verhandlung 137; B. des Klagantrags 240 Nr. 2; B. des Eides 431; B. der Zwangsvollstreckung 691, 692, 696; der Oeffentlichkeit im Entm.-Verfahren Bem. [3] vor 593 (S. 772).
Beschränkungen der Pfändung von Sachen 715; der Pfändung von Forderungen 749.
Beschwerde 530—540; Charakter des Rechtsmittels Bem. [1], [2] vor 530; einfache — sofortige Beschwerde Bem. [2] vor 530, 540; B. in den in dem Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen, Uebersicht 530[1]; B. gegen Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde 530[2]; Verzicht auf B. und Zurücknahme Bem. [4] vor 530; Beschwerdegericht 531; weitere Beschwerde 531; Einlegung der Beschwerde 532; Beschwerdeschrift 532[2]; Anwaltszwang 532[2]; Begründung der Beschwerde durch nova 533; Abhülfe durch das Untergericht 534; Vorlegung der B. an das Obergericht 534; aufschiebende Wirkung (nur ausnahmsweise) 535; einstweilige Anordnung 535; Entscheidung über die Beschwerde 536; Zulässigkeit der Beschwerde ist von Amtswegen zu prüfen 537; Uebertragung der erforderlichen Anordnung an das Untergericht 538; Devolutiveffekt 538; die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters ist bei dem Prozeßgericht nachzusuchen 539; sofortige Beschwerde 540; B. wegen Justizverweigerung Bem. [6] vor 530.
Beschwerdegegenstand bei Berechnung der Revisionssumme 808[2—5].
Beschwerdegericht 531.
Beschwerdegrund bei Revision 516[2]; bei Beschwerde 531[2].

Digitized by Google

Beschwerdeschrift 532[2].
Beseitigung von Urkunden 409.
Besetzung des Gerichts, Mängel in der Besetzung als Revisionsgrund 513 Nr. 1; als Nichtigkeitsgrund 542 Nr. 1.
Besitz, dessen Wertbestimmung 6; dessen Regelung durch einstweilige Verfügung 819.
Besitzergreifung bei Pfändung körperlicher Sachen 712; bei Pfändung von Forderungen aus indossablen Papieren 732.
Besitzesklagen, Gerichtsstand 25; B. können nicht mit dem Petitorium verbunden werden 232.
Besondere Gerichtsstände s. Gerichtsstand.
Besorgnis der Befangenheit der Richter 42, 43.
Besserungsbefehl in Ehesachen EG. 16 Nr. 6.
Bestechung als Restitutionsgrund 543 Nr. 5.
Bestellung eines Vertreters für die nicht prozeßfähige Partei 55; für die unbekannten Gegner bei Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises 455; im Vollstreckungsverfahren 693.
Bestrafung der Zeugen und Sachverständigen 345, 355, 373.
Betagte Ansprüche im Arrestverfahren 796[2].
Beteiligte sind unbeeidigt zu vernehmen 358 Nr. 4; B. im Verteilungsverfahren 758[1].
Beteiligung Dritter am Rechtsstreit 61—73.
Beteuerungsformeln statt des Eides 446.
Betrieb des Prozesses durch die Parteien vor 152.
Betrug als Restitutionsgrund 543 Nr. 4.
Betten, Pfändung 715 Nr. 1.
Bevollmächtigte (Prozeßbevollmächtigte), Klagen der B., Gerichtsstand 34; Erfordernis der Prozeßfähigkeit 75; Vollmacht 76, 85; Befugnisse aus der Vollmacht 77; insbesondere betreffs Hauptintervention, Arrest, einstweilige Verfügung 78; Beschränkung der Vollmacht 79; Verhältnis mehrerer B. 80; Wirkung der Prozeßhandlungen des B. (Stellvertretung) 81; Tod des Vollmachtgebers 82; Kündigung der Vollmacht 83; Mangel der Vollmacht 84, 85; Sicherheitsleistung wegen Mangels der Vollmacht 85; Genehmigung der Prozeßführung 85; Gebührenerstattung durch den Gegner 87; Haftung des B. für verschuldete Kosten 97; Unterzeichnung der Schriftsätze durch den B. 121 Nr. 6, 230[2 VI]; Entziehung des Wortes 143; Ausschließung des B. wegen gewerbsmäßigen Betriebs 143; Zustellung an B. 162, 164.
S. a. Anwalt.
Bewegliches Vermögen s. Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen.
Beweis, Begriff 255, 256[1]; Entbehrlichkeit bei Geständnis und Notorietät 261, 264; B. über Gewohnheitsrecht, Statutarrecht, ausländisches Recht 265; B. zum ewigen Gedächtnisse 447—455.
Beweis durch Augenschein s. Augenschein.
Beweis durch Eid s. Eideszuschiebung.
Beweis durch Sachverständige s. Sachverständige.
Beweis durch Urkunden s. Urkunden.
Beweis durch Zeugen s. Zeugen.
Beweisantretung 121 Nr. 5, 255, 256; bei Augenschein 336; bei Zeugenbeweis 338; Zurückweisung der B. durch Zeugen wegen Verspätung 339; dgl. bei Beweis durch Sachverständige 368; dgl. bei B. durch Urkunden 385, 386, 393, 397; B. durch Eideszuschiebung 416; im Urkundenprozesse 555.
Beweisaufnahme, Begriff 255, 256[1]; allgemeine Bestimmungen 320 ff.; B. findet regelmäßig vor dem Prozeßgerichte statt 320; Ausnahmen 337, 340, 347, 370, 399, 441; Hinderuis der Beweisaufnahme, Frist 321; die Parteien dürfen der Beweisaufnahme beiwohnen 322; Beweisbeschluß 323 f., Inhalt des Beweisbeschlusses 324; Beweismittelbezeichnung 324 Nr. 3; Benennung von Zeugen und Sachverständigen 324 Nr. 3; Eidesnorm 324 Nr. 4; Unabänderlichkeit 325; Bezeichnung des beauftragten und ersuchten Richters 326; Terminsbestimmung zur B. 326; Requisition zur B. 327; B. im Auslande 328, 329; Uebertragung der Beweisaufnahme seitens des beauftragten und ersuchten Richters 330; Streit bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter 331; Nichterscheinen der Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme 332; Bestimmung weiterer Termine zur Beweisaufnahme erfolgt von Amtswegen 333; B. durch ausländische Behörden 334; Beweisverhandlung 325; Verhandlung über das Ergebnis der B. 258.
Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis s. Sicherung des Beweises.
Beweisbedürfnis 255, 256[2] (S. 362).
Beweisbeschluß 247, 323, 324; Wirkung 325; Bezeichnung des beauftragten Richters 326; Bestimmung des Termins zur Fortsetzung der Verhandlung 335; B. auf Eidesleistung 426; dgl. im Urkundenprozesse 558.
Beweiseinreden, Begriff 255, 256[1] (S. 360); Zulässigkeit der B. 256.
Beweisergebnisse 257, 258.
Beweiserklärung 255, 256[1] (S. 360), 404, 417.
Beweisführung 255, 256[1].
Beweisgrund 255, 256[1].
Beweiskraft (materielle, formelle) der Urkunden Bem.[2] vor 380 (S. 509 f.), der Standesregister EG. 16 Nr. 2; der Schuldscheine und Quittungen EG. 17.
Beweislast 255, 256[2] (S. 362), 412.
Beweismittel, Begriff 255, 256[1] (S. 360); Angabe der B. in den Schriftsätzen 121. 255; Zeitpunkt 256; Erklärung über die B. des Gegners 121, 255, 256; Fragen über Beweismittel 130; die Vorschriften über Ausschließung oder Beschränkung einzelner Be-

Digitized by Google

weismittel in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse sind aufgehoben EG. 14 Nr. 2.
Vgl. a. Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eideszuschiebung.
Beweispflicht 255, 256[3] (S. 362), 412.
Beweisprüfung, freies Ermessen 259, 260, EG. 13 Nr. 2—4, Nr. 1—3.
Beweisregeln 259[5].
Beweisthema 324.
Beweisverbindung 255, 256[2] (S. 361).
Beweisverfahren 320 ff.
Beweisverhandlung 258, 335.
Beweiswürdigung 259, 260.
Blankoindossament einer Grundschuld 731[2]; eines Wechsels 732[3], 838.
Bösliche Verlassung Bem.[1] vor 568, 580[4], EG. 16 Nr. 7, 8.
Bodmereibriefe, Amortisation 837[2].
Bodmereigläubiger, dessen Pfandrecht am Schiffe 710[2] (S. 904).
Bona fides s. guter Glaube.
Bonitas instrumenti Bem.[2] vor 380 (S. 509), 402[1].
Bücher, Pfändungsbeschränkung 715[5], 715 Nr. 10.
Bürgerliches Recht, Verweisung darauf in der Prozeßordnung 238, 239, 387 Nr. 1, 595, 696, 853, EG. 10, 16, 17.
Bundesratsmitglieder, Gerichtsstand 16; Ort ihrer Vernehmung 347.

Cautio s. Sicherheitsleistung.
Cautio damni infecti 27[12]; c. de rato 85[2]; c. iudicatum solvi 85[2]; c. pro expensis 102 ff.
Cession des eingeklagten Anspruchs 236; C. durch Überweisung an Zahlungsstatt 736[3].
Citation s. Ladung.
Civilliste, deren allgemeiner Gerichtsstand 19[2].
Clausula heredum 82[1].
Clausula salutaris 279[2].
Comparatio litterarum 406, 407.
Compensatio s. Kompensation.
Confessio s. Geständnis.
Curator hereditatis 220, 693, 694.
Curator litis 55, 76, 455.
Vgl. a. unter K.

Darstellung des Thatbestandes s. Thatbestand.
Datio in solutum 686[1], 736[3].
Dauer der Haft 794.
Deckoffiziere, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8.
Deklaration des Urteils 290.
Delation des Eides s. Eideszuschiebung.
Deliberationsfrist 217[2], 694[1].
Deliktsklagen, Gerichtsstand 32.
Desertionsprozeß Bem.[1] vor 568, 580[4], EG. 16 Nr. 7, 8.
Devolutiveffekt der Berufung 699; der Revision 527, 528; der Beschwerde 536.
Dienerschaft, Zustellung an die D. 166.
Dienstaufwand, Pfändung der dazu bestimmten Einkünfte 749.
Dienstbehörde 341, 373, 391, 791.
Dienstboten, Gerichtsstand 21.
Diensteinkommen, Pfändung 733, 734, 749.
Dienstlohn, Pfändung 749 Nr. 1.
Dienststreitigkeiten, vorläufige Vollstreckbarkeit 649.
Diffessionseid 404[2].
Dinglicher Arrest 797.
Dinglicher Gerichtsstand 25—27, 36 Nr. 4.
Direkter Gegenbeweis, Eideszuschiebung 411[1].
Dispache 686[2c].
Dispositionsbeschränkung, Eintragung bei vorläufiger Vollstreckbarkeit 658.
Dividendenscheine 843, 844.
Dolmetscher 133, 445.
Domizil s. Wohnsitz.
Doppelseitige Klagen 279[2].
Drittschuldner, Zustellung an den D. 730, 736; Erklärung des D. 739; Benachrichtigung des D. 744; Hinterlegungsbefugnis des D. 750, 751, 752; Klage gegen den D. 753.
Dünger, Pfändung 715 Nr. 5.
Duldung, Vollstreckung 775.
Durchstreichung einer Urkunde 384.
Durchsuchung der Wohnung ꝛc. durch den Gerichtsvollzieher 678.

Echtheit von Urkunden, Begriff 402[1]; Feststellung 231; Erklärung darüber 404, 577, 611; Vermutung der E. 402, 403; Beweis der E. 403, 404.
Ediktalien s. öffentliche Zustellung.
Edition von Urkunden 387 ff., 393 ff., 406; s. a. Beweis durch Urkunden.
Editionsantrag 386, 389; in Ehesachen 577; in Entmündigungssachen 610, 624, 626.
Editionseid 391; Folgen der Weigerung 392.
Editionspflicht des Gegners 387, 388, eines Dritten 394.
Editionsstreit 275[4], 312[2c], 390—392.
Ehebruch 580.
Ehefrau, Gerichtsstand 17; Prozeßfähigkeit 51; Entmündigung 595.
Ehegatten, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 2, 350, 358 Nr. 3.
Ehehindernisse Bem.[1] vor 568 (S. 750 f.).
Eheliche Kinder, deren Gerichtsstand 17.
Eherecht, materielles, Bem.[1] vor 568 (S. 750 ff.).
Ehesachen, Begriff, Zuständigkeit 568; Mitwirkung der Staatsanwaltschaft 569, Sühneversuch 570, 571; persönliches Erscheinen der Parteien zum Sühneversuch 572; Ausnahmen von der Notwendigkeit des Sühneversuchs 573; Änderung der Klage 574; in der Berufungsinstanz 574[2b]; Klagenverbindung 575; Folgen partieller Versäumnis 577; Parteieide 577; Verfahren bei Ausbleiben des Beklagten 578; persönliches Erscheinen und Vernehmung der Parteien, Zwangsmittel 579

Digitized by Google

Aussetzung des Verfahrens 580; Offizialverfahren 581; Zustellung von Urteilen ex officio 582; einstweilige Verfügungen 584; Nichtigkeitsklage 585—591; Begriff der Ehescheidungsklage, der Ungültigkeitsklage, der Nichtigkeitsklage 592; besondere Bestimmungen über Zwangsvollstreckung in E. 774, 779; Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung EG. 16 Nr. 5; Vorschriften über Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle EG. 16 Nr. 6; dgl. über Desertion Bem. [1] vor 568, 580[4], EG. 16 Nr. 7, 8.

Ehescheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung EG. 16 Nr. 5.

Ehescheidungsklage, Begriff [1] vor 568, 592.

Ehrengerichte der Anwälte 702[5].

Ehrenrechte, Verlust, Grund zur Ablehnung eines Schiedsrichters 858.

Ehrenzeichen, Pfändung 715 Nr. 9.

Eid der Parteien s. Eideszuschiebung, eidliche Versicherung zur Glaubhaftmachung, Schätzungseid, richterlicher Eid, Eidesabnahme, Eidesleistung.

Eid der Sachverständigen 375.

Eid des Zeugen 357.

Eidesabnahme 440—446; Unzulässigkeit der Vertretung 440; E. vor einem beauftragten oder ersuchten Richter 461; bei Landesherren ꝛc. 441; Eidesbelehrung 442; Eidesnorm 443; Stabung eventuell Verweisung auf die vorgelesene Formel 444; bei Stummen 445; bei Mitgliedern einer Religionsgesellschaft, der das Gesetz andere Beteuerungsformeln gestattet 446.

Eidesannahme 417, 418, 495; Widerruf 419, 423.

Eideserlassung 429.

Eidesformel 443, 444.

Eidesleistung, begründet vollen Beweis 428; Verweigerung 429; Termin zur Eidesleistung, Versäumung 430; E. im Urkundenprozesse 558; Wirkung für die Berufungsinstanz 495.

Vgl. a. Eidesabnahme.

Eidesmündigkeit 435.

Eidesnorm 324, 357, 375, 424, 427, 431, 437, 439.

Eidespflicht, Verletzung als Grund des Widerrufs der Zuschiebung und Zurückschiebung 422, 432; dgl. als Restitutionsgrund 543 Nr. 1, 544.

Eidestermin 425[3], 430.

Eidesunfähigkeit der Zeugen 358.

Eidesurteil 297[3], 425, 427, 430[2I].

Eidesverweigerung s. Eideszuschiebung.

Eideszurückschiebung s. Eideszuschiebung.

Eideszuschiebung, Unzulässigkeit der E. zur Glaubhaftmachung 266; Zulässigkeit über Thatsachen 410; über bona und mala fides 410[1]; Zulässigkeit über facta propria 410[2a]; über Handlungen der Rechtsvorgänger und Vertreter (facta aliena) 410[2b]; über strafbare Handlungen 410[1]; an Meineidige 410[1]; über das Gegenteil erwiesener Thatsachen 411; zur Begründung des Widerrufs eines gerichtlichen Geständnisses 263[1]; gegenüber Vermutungen 411[1] und EG. 16 Nr. 1; E. begründet nicht die Beweispflicht 412; Zurückschiebung, Zulässigkeit 413; Zu- und Zurückschiebung nur an die Partei 414; an Nebenintervenienten 414; Nichtanwendung der Beschränkungen bei Übereinkunft der Parteien 415; Beweisantretung 416; Erklärung über die E. 417; Nachholung in der Berufungsinstanz 493; subsidiäre Natur der E., Geltendmachung anderer Beweismittel 418, 419; Zulässigkeit des Widerrufs einer vor Aufnahme anderer Beweise abgegebenen Erklärung 419; Aufforderung zur Erklärung über die Eideszuschiebung durch das Gericht 420; Annahmeerklärung bezüglich des zurückgeschobenen Eides nicht erforderlich 421; Widerruf der Zurückschiebung bei Verurteilung wegen Verletzung der Eidespflicht 422, 432; Unzulässigkeit des Widerrufs der Annahme und der Zurückschiebung 423; Eidesformel, Wahrheitseid, Überzeugungseid 424; bedingtes Endurteil auf Eid 425; Beweisbeschluß auf Eidesleistung 426; Zwischenurteil auf Eid 426; Inhalt des bedingten Urteils, Purifikationsurteil 427; Wirkung der Eidesleistung, Beschränkung des Gegenbeweises 428; Erlassung des Eides 429, in Ehesachen 577, in Entmündigungssachen 611, 624, 626; Verweigerung des Eides 429; Versäumung des Eidestermins 430; beschränkte Eidesleistung, Berichtigung unerheblicher Umstände 431; Widerruf der Eideszuschiebung und Zurückschiebung nach Rechtskraft des Urteils 432, 433; Tod des Schwurpflichtigen 433; Unfähigwerden des Schwurpflichtigen 433; E. an Streitgenossen 434; E. an gesetzliche Vertreter 435, 436; E. an Minderjährige und Verschwender 435; E. im Beschwerdeverfahren 532[1]; E. zur Begründung der Restitutionsklage 544; E. im Urkundenprozesse 558; E. in Ehesachen 577; E. in Entmündigungssachen 611, 624, 626.

Eidliche Schätzung des Schadens oder Interesses 260.

Eidliche Versicherung zum Zwecke der Glaubhaftmachung 266; in Aufgebotssachen 829, 840 Nr. 3.

Eigene Handlungen und Wahrnehmungen der Partei, Erklärung darüber mit Nichtwissen 129; Eideszuschiebung darüber 410[1]; Eidesnorm 424.

Eigentumsklagen, Gerichtsstand 25.

Einfache Beschwerde s. Beschwerde.

Einforderung der Akten der Vorinstanz 506, 529.

Einheit der mündlichen Verhandlung 119[4], 251[1], 297[1].

Einlassung zur Hauptsache 247, 248.

Einlassungsfrist, Uebersicht der Einlassungsfristen Bem. [4I] vor 191 (S. 252); Abkürzung und Verlängerung der E. 204; E. im Verfahren vor den Landgerichten 234; in Meß- und

Digitized by Google

Marksachen 234; bei Zustellung im Auslande 234; E. vor den Amtsgerichten 459; im Wechselprozesse 567; in der Berufungsinstanz 481; in der Revisionsinstanz 517.
Einlassungsverweigerung 247, 247[3], 248.
Einnahme des Augenscheins s. Augenschein.
Einrede der Kostenerstattungspflicht 247 Nr. 5; der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung 247 Nr. 6; der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten 102, 247 Nr. 4; der mehreren Streitgenossen 59[4]; der Rechtshängigkeit 235 Nr. 1, 147 Nr. 3, aus inländischem Rechtsstreite 661[5b]; der Unzulässigkeit des Rechtswegs 247 Nr. 2, 249, 465; der Unzuständigkeit 39, 247 Nr. 1, 239, 465; des Notbedarfs 686[1]; des Schiedsvertrags 851[3]; des schlechtgeführten Prozesses 65[2b].
Einreden, deren Zulässigkeit bis zum Schlusse der Verhandlung 251; in der Exekutionsinstanz 686, 688; prozeßhindernde — s. prozeßhindernde Einreden.
Einschaltung in einer Urkunde 384.
Einspruch, zur Instanz gehörig 163; E. gegen Versäumnisurteile 303—312 (s. Versäumnisverfahren); E. vor dem Amtsgerichte 462; Vertagung der Berufsverhandlung wegen eines Einspruchs 486; Zurückverweisung an die erste Instanz bei begründeter Berufung gegen Verwerfung des E. 500 Nr. 1; E. gegen den Vollstreckungsbefehl 640; E. gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil 657.
Einspruchsfrist 304; Wiedereinsetzung 211; im Mahnverfahren 640.
Einstellung der Zwangsvollstreckung 647, 688, 691, 692, 696, 719.
Einstweilige Anordnungen des Beschwerdegerichts 535; im Vollstreckungsverfahren 647, 657, 685, 688—690, 710, 814[3].
Einstweilige Verfügung, Vollmacht 78.
Einstweilige Verfügungen 814—821; Begriff Bem.[3] vor 796; Zuständigkeit 816, 820—822; Inhalt 817, 819; Vollziehung 817[3], 819[3]; Provisorien 819; in Ehesachen 584; in Entmündigungssachen 613; nach bürgerlichem Rechte EG. 16 Nr. 4.
Einträge in das Hypothekenbuch 658, 731.
Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung 685; gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel 668, 687, 705; E. im Urkundenprozesse, deren Beweis 558; deren Zurückweisung 561; E., die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen 686, 688, 703[1], 704[2].
Einwilligung des Beklagten zur Klagänderung 241; E. zur Ehescheidung EG. 16 Nr. 5.
Eisenbahnstationen 22[3].
Emanzipierte Minderjährige, Prozeßunfähigkeit 50[5b].
Empfangsbefugnis des Gerichtsvollziehers 675.
Endurteil, Begriff 472[1], 507, EG. 19[1]; Zwangsvollstreckung aus E. 644.
Entbindung von der Verpflichtung zur Geheimhaltung 350.
Entfernung einer bei der Verhandlung beteiligten Person zur Aufrechthaltung der Ordnung 144.
Entmündigung wegen Geisteskrankheit 593 ff.; Beschluß des Amtsgerichts 593; Antragsverfahren 593; Zurücknahme des Antrags 593[3]; Zuständigkeit 594; Antragsberechtigung 595; Form und Inhalt des Antrags 596; Verfahren, Offizialprinzip, Vernehmung und Beeidigung der Zeugen ꝛc. 597; Vernehmung des zu Entmündigenden 598; Zuziehung von Sachverständigen 599; einstweilige Fürsorge für den zu Entmündigenden 600; Kosten 601; Zustellung der Beschlüsse 602, 603; Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses 603; Beschwerde 604; Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß 605; Zuständigkeit für die Klage 606; Parteien des Prozesses 607; Verbot der Widerklage und der Klagenverbindung 608; Bestellung eines Vertreters für den Entmündigten 609; mündliche Verhandlung 610; Versäumnisfolgen, Parteieid 611; Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses 612; Wiederaufhebung der Entmündigung 616—620.
Entmündigung wegen Geistesschwäche EG. 10.
Entmündigung wegen Verschwendung 621—627; Beschluß des Amtsgerichts, Antrag, Zuständigkeit 621; Kosten 622; Zustellung des Beschlusses 623; Anfechtung durch Klage 624; Wiederaufhebung der Entmündigung durch Beschluß 625; Wiederaufhebungsklage 626; Bekanntmachung der Entmündigung und der Wiederaufhebung 627.
Entschädigung der Zeugen 366.
Entschädigungspflicht des Gesuchstellers bei Aufhebung des Arrestes 801, 802[3].
Entscheidungen, Arten Bem.[1] vor 272; E. sind in das Protokoll aufzunehmen 146 Nr. 5; E. des Vollstreckungsgerichts 684.
Entscheidungsgründe 284 Nr. 4; Verkündung 282: E. sind der Rechtskraft nicht fähig 293[2] u. [3c]; deren Mangel als Revisionsgrund 513 Nr. 4; vgl. als Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs 867 Nr. 5.
Entschuldigung des ausgebliebenen Zeugen 346.
Entwürfe zu Urteilen ꝛc. 271.
Entziehung des Armenrechts 110.
Entziehung des Worts 127, 143; Folgen 127[3b], 143.
Erbe, Zwangsvollstreckung gegen den E. 665, 695, 696; vgl. a. 693, 694.
Erbrechtliche Klagen, Gerichtsstand 28.
Erbschaft Gerichtsstand 28.
Erbschaftliches Liquidationsverfahren 693[4]; Bem.[1] vor 823, EG. 15 Nr. 3.
Erfüllungseid 437.
Ergänzung des Urteils 292, 462, 478, 502; im Urkundenprozesse 562; durch Beifügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit 654.

Digitized by Google

Ergänzung thatsächlicher oder rechtlicher Ausführungen ist nicht Klageänderung 240 Nr. 1.
Erhebung der Klage 230.
Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung 668[1], 685.
Erklärung des Bevollmächtigten 81; des Beistandes 86; E. über Thatsachen 121 Nr. 4, 129, 299; über Beweismittel 121 Nr. 4, 255; E. mit Nichtwissen 129; Feststellung der E. 270, 470; E. über die Echtheit von Privaturkunden 404; E. über Eideszuschiebung 417; E. des Drittschuldners 739.
Erlaßvertrag s. Nachlaßvertrag.
Ermächtigung zur Prozeßführung 50, 52, 54; E. des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung 675.
Ermessen, freies bei Beweiswürdigung 259; bei Feststellung eines Schadens oder Interesses 260.
Ernennung der Sachverständigen 369, 370; der Schiedsrichter 854 ff.
Erneuerung des Prozesses 243, 247 Nr. 5; der Haft 792, 795.
Eröffnung der mündlichen Verhandlung 127.
Ersatz der Prozeßkosten 87, 88.
Ersatzzustellung 165—169 (s. Zustellungen).
Erscheinen der Parteien vor den Amtsgerichten ohne Ladung 461; persönliches 132, 572, 579.
Ersitzung, Unterbrechung durch den Prozeßbeginn 239.
Ersuchungsschreiben bei Zustellung 185; bei Zwangsvollstreckung 698.
Ersuchter Richter, Begriff 151[1]; vgl. Beauftragter und ersuchter Richter.
Erstattung der Kosten an den Gegner 87, 88; Verfahren 98—100, 108, 591, 614.
Erweiterung des Klagantrags 240 Nr. 2; vor dem Amtsgerichte 467.
Erwerbsgrund, dessen Angabe in dinglichen Klagen 230[3IV], 240[3a].
Erziehungsgelder, Pfändung 749 Nr. 7.
Eventualanträge bei Klage 230[3V], bei Berufung 482[4b].
Eventualmaxime 251[1].
Eventuelle Beschwerde 532[4], 540[4].
Eventuelle Klagenverbindung 232[4].
Exceptio litis pendentis 235 Nr. 1, 247 Nr. 4; exc. non numeratae pecuniae EG. 17; exc. mali processus 65[2b], 71[5], 740[2]; exc. plurium litis consortium 59[1]; non adimpleti contractus 664[2], 686[1]; exc. praeiudicii 139[1], e rei iudicatae 293[5], vgl. aus ausländischen Urteilen 661[8]; exc. spolii 247[2] g. E., 515[2].
Exceptiones litis ingressum impedientes s. Prozeßhindernde Einreden.
Executoriales s. Befriedigungsgebot.
Exekution s. Zwangsvollstreckung.
Exekutionseinreden 686, 688, 703[1], 704[2].
Exekutionsintervention 690[1].
Exekutionspfandrecht 709.
Exekutionstitel 644, 702, 706.
Exekutionsprozeß s. Urkunden- und Wechselprozeß.
Exemplifikationsverfahren 400[2].
Exhibitionspflicht bei Augenschein Bem.[3] vor 336; vgl. a. Editionspflicht.
Experte s. Sachverständige.
Expropriation s. Zwangsenteignung.
Exterritoriale, Gerichtsstand 16; Zustellungen an E. 183; Ladung eines E. als Zeuge 342[3].

Fabrik, Gerichtsstand 22.
Fabrikarbeiter, Gerichtsstand 21; Pfändung 715 Nr. 4, 749 Nr. 1.
Fakultative mündliche Verhandlung 119[a].
Fälschung als Restitutionsgrund 543 Nr. 2.
Fälschung des Protokolls 150.
Falscheid als Restitutionsgrund 543 Nr. 4.
Falsches Zeugnis als Restitutionsgrund 543 Nr. 3.
Falsus procurator 84[4]; vgl. a. 54[3].
Familienangehörige, Zustellung an die F. 166; Zuziehung von F. zur Vollstreckung 679.
Faustpfandrecht 709, 810.
Feiertage s. Sonntage.
Feriensachen, Fristen 201.
Festsetzung der Kosten 98—100, 697[1]; der Sicherheit 104.
Feststellungen zu Protokoll 146; von Anträgen, Erklärungen ꝛc. 269, 270, 470.
Feststellungsklagen 231; vgl. a. 253.
Feuerungsmittel, Pfändung 715 Nr. 2.
Fictus possessor 239[2].
Fiskus, Gerichtsstand 20; Vertreter des F. 20[2, 3]; Zulässigkeit des Rechtswegs gegen den F. EG. 4; Zwangsvollstreckung gegen den F. EG. 15 Nr. 4.
Flößer, vorläufige Vollstreckbarkeit der Streitigkeiten mit Reisenden 649 Nr. 3.
Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung, Beweis durch das Protokoll 150.
Forderungen, Zwangsvollstreckung in F. s. Zwangsvollstreckung.
Formelle Beweiskraft der Urkunden Bem.[2] vor 380 (S. 509 f.), 380[2], 381[4], 382[1], 383[1].
Forum s. Gerichtsstand.
Fragerecht des Vorsitzenden und der Gerichtsmitglieder 130, 131; gegenüber den Zeugen 360, 361; Fr. der Parteien bei der Zeugenvernehmung 362.
Frauen, Prozeßfähigkeit 51; Vertretungsbefugnis 75[1]; Ablehnung der Fr. als Schiedsrichter 858.
Freigebigkeit, Einkünfte auf Grund einer F., Pfändung 749 Nr. 3.
Fristen, Uebersicht und Arten[4] vor 191; Versäumung der F. durch Streitgenossen 59; Kosten bei Versäumung, Verlängerung ꝛc. 90; Beginn des Laufs 198; Berechnung 199, 200; Gerichtsferien 201; Verlängerung, Abkürzung 202—204, 207; Einfluß der Unterbrechung und Aussetzung auf die F. 226.
Früchte als Nebenforderungen 4; Pfändung 714, 716.
Fructus pendentes 710[2], 714, 716, 757[2].
Fuhrleute 649 Nr. 3.
Fundamentum actionis s. Klagegrund.
Fungible Handlungen, Vollstreckung 773.

Digitized by Google

Garantieklage Bem. vor 61.
Garnison, Gerichtsstand 14, 21.
Gastwirte, Streitigkeiten der G. mit Reisenden 649 Nr. 3, 819[1].
Gebühren der Prozeßbevollmächtigten ꝛc., Gerichtsstand 34; Erstattung 87; G. der Zeugen 366; der Sachverständigen 378.
Gegenbeweis 255[2]; gegen Urkunden 380[3], 381[6], 382[2], 383[2], EG. 17[2]; durch Eideszuschiebung 411[1 u. 2]; gegen Vermutungen EG. 16 Nr. 1; gegen die Echtheitsvermutung bei Urkunden 404.
Gegenforderung, Verweisung zur besonderen Verhandlung 136, 141; Teilurteil 274; Rechtskraft der Entscheidung über die G. 293; G. in der Berufungsinstanz 491.
Gegenseitigkeit, Befreiung von Kautionspflicht 102; bei Armenrecht 106; bei Vollstreckung ausländischer Urteile 661 Nr. 5.
Gegenüberstellung von Zeugen 359.
Gehaltspfändung 733, 734, 749 Nr. 8.
Geheimhaltung anvertrauter Thatsachen, Zeugnisverweigerung 348, 350.
Geisteskranke, Prozeßunfähigkeit 50[2a]; Entmündigung — s. Entmündigung wegen Geisteskrankheit.
Geistesschwache, Entmündigung EG. 10.
Geistliche, Zeugnisverweigerung 348, 350[5]; Entbindung von der Geheimhaltung des Anvertrauten 350[5]; Pfändung 715 Nr. 6 u. 7; des Einkommens 749 Nr. 8; Verhaftung 791.
Geistlicher bei Sühneversuch 571[4].
Geld, Pfändung 716[2], 728[3], 810.
Geldempfang durch den Gerichtsvollzieher 675.
Geldforderungen, Zwangsvollstreckung wegen G. Bem. [1] vor 708; s. a. Zwangsvollstreckung.
Geldstrafen gegen Zeugen 345, 355; gegen Sachverständige 374; gegen den Schuldner zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 774, 775.
Gemeinden, Gerichtsstand 19, 23; Zustellungen an G. 157, 169; Zwangsvollstreckung gegen G. EG. 15 Nr. 4.
Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel 364[1], 401.
Gemeinschuldner, Prozeßfähigkeit 50[2]; Zeugnisfähigkeit Bem. [1] vor 338 (S. 466); Eidesleistung 433[2].
Genehmigung der Prozeßführung 85[2], 513 Nr. 5, 542 Nr. 4.
Generalbevollmächtigte, Zustellungen an solche 159.
Generalfragen an die Zeugen 360.
Genossenschaften, Gerichtsstand 19, 23; EG. 15 Nr. 2.
Gericht der Hauptsache 821.
Gerichtliche Urkunden, Vollstreckungstitel 701 Nr. 5, 705.
Gerichtsferien, Fristenlauf 201.
Gerichtskundigkeit 264, 265.
Gerichtspersonen, Ausschließung und Ablehnung 41, 49.
Gerichtsschreiber, Ablehnung 49; Haftung für verschuldete Kosten 97; Protokollerrichtung durch den G. 145, 151; Zustellungen durch den G. 152, 154, 179, 187, 458, 462; Einreichung der Terminsgesuche bei dem G. 193; Beschwerde gegen den G. 539; Zeugnisse des G. über die Rechtskraft 646; Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigungen durch den G. 662—666; Mitwirkung des G. bei der Vollstreckung 674; prokollarische Erklärungen vor dem G. 44, 98, 109, 225, 346, 371, 448, 457, 462, 463, 532, 536, 617, 800, 824.
Gerichtsschreiberei, Niederlegung von Urkunden auf der G. 123, 124, 125, 167, 243, 287, 329, 376, 408.
Gerichtssprache Einl. S. XXI.
Gerichtsstand, accessorischer 17.
Gerichtsstand, allgemeiner 12—20; des Wohnsitzes 13—17; der Militärpersonen 14—15, 21; der Exterritorialen 16; der Wahlkonsuln 16; der Ehefrauen, Kinder 17; a. G. des Aufenthaltsorts, letzten Wohnsitzes 18, 21, 568, 594, 617: der Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen, Anstalten ꝛc. 18; des Fiskus 19.
Gerichtsstand, ausschließlicher Bem. [4] vor 12, 25, 547, 568, 594, 606, 617, 621, 624, 707.
Gerichtsstand, besonderer 21—34;
für vermögensrechtliche Klagen gegen Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfen, Studierende, Schüler, Lehrlinge 21; bgl. gegen Militärpersonen 21;
G. der Niederlassung 22;
G. des Heimatshafens 22[7];
G. der Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften ꝛc. 23;
G. des Vermögens 14;
G. des Arrestes (abgeschafft) 24[1], Bem. [2] vor 796[1];
G. der belegenen Sache 25—27, 36 Nr. 4;
G. des Nachlasses 28;
G. der Vertragserfüllung 29;
G. für Meß- und Marktsachen 30;
G. der Vermögensverwaltung 31;
G. der unerlaubten Handlung 32;
G. des Delikts 32;
G. der Widerklage 33;
G. der Verbindung 34.
Gerichtsstand im Wechselprozeß 566; in Ehesachen 568; in Entmündigungssachen 594; im Mahnverfahren 629; für Klagen im Verteilungsverfahren 765; in Arrestsachen 799, 807, 822; für einstweilige Verfügungen 816; im Aufgebotsverfahren 823, 839; im schiedsrichterlichen Verfahren 871.
Vgl. a. Zuständigkeit.
Gerichtsstand, vereinbarter 38—40.
Gerichtsstelle 196.
Gerichtsstillstand 222.
Gerichtstafel 187—189, 825, 826, 842.
Gerichtstage, ordentliche 461.
Gerichtsvollzieher, deren Verhältnis zur Partei 674[1]; Klagen der G., Gerichtsstand 34; Haftung für Kosten 97; Beiordnung für

Digitized by Google

Arme 107, 115; Zustellungen durch G. 152 ff. (s. Zustellung); Beglaubigung von Abschriften durch G. 156; Zwangsvollstreckung durch G. §§ 674 ff.; vgl. Zwangsvollstreckung, allgemeine Bestimmungen.
Gesandte, Gerichtsstand 16, Zustellungen durch G. 182; Legalisation von Urkunden 403.
Vgl. a. Exterritoriale.
Geschäftsführer ohne Auftrag 85.
Geschäftsherr, Klagen des G. und gegen den G., Gerichtsstand 31.
Geschäftslokal 165, 168, 169.
Geschlechtsvormundschaft 51[4].
Gesellschaften, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 23; EG. 15 Nr. 2.
Gesetz ist jede Rechtsnorm 512, EG. 12.
Gesetzesverletzung, Revisionsgrund 511—513.
Gesetzgebende Versammlung, Vernehmung der Mitglieder als Zeugen 347; Verhaftung der Mitglieder 785, 786.
Gesetzliche Fristen Bem. [4l] vor 191 (S. 252 f.).
Gesetzlicher Umfang der Vollmacht 79.
Gesetzlicher Vertreter, Begriff 50[4]; Legitimation 54; Verurteilung in Prozeßkosten 97; Eideszuschiebung 435, 436.
Gesindestreitigkeiten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 2.
Geständnis des Bevollmächtigten 81; außergerichtliches G. 255[5], 291[2b], Bem. [2b] vor 380 (S. 509 f.); gerichtliches G. 261—263, 494; gerichtliches G. eines Streitgenossen 58[2 u. 3]; vgl. eines Intervenienten 64[2b], 66[2b]; gerichtliches G. in Ehesachen 577; vgl. in Entmündigungsprozessen 611; qualifiziertes G. 662; Widerruf des gerichtlichen G. 263; Feststellung des G. zu Protokoll 270, 470.
Gesuch um bedingten Zahlungsbefehl 630, 642.
Gewährschaftsanspruch, Streitverkündung 61.
Gewahrsam 710[2], 712, 713, 772.
Gewalt, höhere 211[1].
Gewaltanwendung durch den Gerichtsvollzieher 678, 679, 777.
Gewerbegeheimnis 349 Nr. 3.
Gewerbegehülfen, Gerichtsstand 21; Zustellungen an solche 168.
Gewerbegerichte 11[3], 45[4], Bem. [3] vor 472, 472[1a], Bem. [3] vor 530, Bem. [4] vor 540, Bem. [5] vor 644, 648[9], 651[2], 702[6f], 775[2] Bem. [5] vor 795. Bem. [1d] vor 851.
Gewerberechte, deren Pfändung 754[1].
Gewerbetreibende, Ersatzzustellung für solche 168.
Gewerbsmäßige Bevollmächtigte und Beistände 143.
Gewerkschaften, Gerichtsstand 19, 23; Zustellungen 169.
Gewinnanteilscheine 843, 844.
Gewissensvertretung 418[1 u. 2].
Gewohnheitsrecht, Beweis 265; Verletzung des G. als Revisionsgrund 512[1].
Gläubiger, Begriff im Zwangsvollstreckungsverfahren Bem. [3] vor 644 (S. 818).
Glaubhaftmachung 266; Begriff 266[1]; Fälle der G. 266[4].
Goldsachen, Versteigerung 716, 721.
Grenzscheidungsklagen, Gerichtsstand 25.
Großjährige, Prozeßfähigkeit 51.
Grunddienstbarkeit, deren Wertsbestimmung 7.
Grunddienstbarkeitsklagen, Gerichtsstand 25.
Grundschulden 731[3].
Grundstücke, Klagen in Bezug auf G., Gerichtsstand 25; Übernahme des Streits über G. durch den Rechtsnachfolger 237.
Gütliche Beilegung des Prozesses 268.
Gutachten s. Sachverständige.
Guter Glaube 238[1]; bei Pfändung von körperlichen Sachen 690[2]; bei Pfändung von Hypothekenforderungen 731[1].
Gutswirtschaft 22.

Haft, Strafe des ausbleibenden Zeugen 345; bei Verweigerung des Zeugnisses 355, 597, des Gutachtens Sachverständiger 374, 597; H. zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 774, 775; zur Erzwingung des Offenbarungseides 782; Vollzug 785—794.
S. a. Zwangshaft.
Haftbefehl 789.
Handarbeiter, Gerichtsstand 21; Pfändung gegen H. 715 Nr. 4.
Hand, wahre Hand 238[1], 690[2], 769[2].
Handelsbücher, deren Beweiskraft 381[7], EG. 13 Nr. 2; EG. 13[5]; Edition der H. 387[2a u. 5]; Ort der Vorlegung 399[2]; Pfändung 715[3].
Handelsgebräuche, Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung als Revisionsgrund 512[1].
Handelsniederlassung, Gerichtsstand 22.
Handelsmäkler 380[1]; Schlußnoten der H. 381[7]; Tagebuch ders. 387[4c].
Handlungen, vertretbare, Vollstreckung 773; nicht vertretbare, Vollstreckung 774; unerlaubte, Gerichtsstand 32.
Handlungsbevollmächtigte 76[5], 159[2].
Handwerker, Pfändung 715 Nr. 4.
Handzeichen 381, 405.
Hauptteid s. Eideszuschiebung.
Hauptintervention 61, 62, 72[2c], 78, 236, 462.
Hausgenossen, Zustellung an H. 166.
Hausgerät, Pfändung 715 Nr. 1.
Hauskinder, Prozeßfähigkeit 51.
Hauswirt, Zustellung an den H. 166.
Havereigläubiger, dessen Verhältnis zum Pfändungsgläubiger 710[2] (S. 904).
Hebammen, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350; Pfändung 715 Nr. 4.
Heimatshafen, Gerichtsstand 22[7].
Heizöfen, Pfändung 715 Nr. 1.
Hinterlegung des Betrags einer Forderung in dem Falle mehrerer Prätendenten 72; H. als Sicherheitsleistung 101; zur Abwendung der Vollstreckung 652, 659, 738; H. des Erlöses in der Zwangsvollstreckung bei Geltend-

Digitized by Google

machung von Vorzugsrechten 710, 751; bei Streitigkeiten über die Verteilung 728, 751; H. durch den Drittschuldner 750; H. zur Abwendung des Arrestes 803; im Arrestverfahren 810, 813; Pfandrecht an hinterlegten Beträgen 101[4], 709[4].
Höhere Gewalt 211[1].
Hohenzollern, Fürstliche Familie, Privilegien 196, 340, 444; EG. 5.
Hülfskassen 759 Nr. 4.
Hypothekarische Klage, Gerichtsstand 26; keine Kautionspflicht 102.
Hypothekenforderungen, deren Pfändung 731.
Hypothekenurkunden als Vollstreckungstitel 702 Nr. 5, 705, 706; Beweiskraft EG. 17.

Jahresfristen, Verzeichnis und Berechnung Bem. [4l] vor 191 (S. 254).
Jahrmärkte 30.
Immission in Immobilien 771.
Immobiliararrest 811.
Immobiliarklagen, dinglicher Gerichtsstand 25.
Immobiliarvermögen, Zwangsvollstreckung in das J. 755—758.
Immobilien, Herausgabe, Räumung, Vollstreckung 771.
Impedimenta dirimentia publica, privata Bem. [1] vor 568 (S. 750).
Indizienbeweis 255, 256[1] (S. 360).
Indossable Papiere, Pfändung 732; Amortisation 837, 838.
Inhaberpapiere, Pfändung 732; Amortisation 837 ff.
S. a. Wertpapiere.
Inhibitorium 730[2b].
Inkompetenz s. Unzuständigkeit.
Inkurssetzung gepfändeter Papiere 724.
Insinuation s. Zustellung.
Insinuationsmandatar s. Zustellungsbevollmächtigter.
Interdicta adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis 25[2f], 232, 690[2c] (S. 878); des Pfandgläubigers 709[2], 712[2].
Interdictum quod legatorum 232[2]; i. quorum bonorum 232[2]; i. Salvianum 25[2f], 232[2].
Interesse, als Voraussetzung für Feststellungsklagen 231[3cd u. 4b], 253[4]; Forderung des J. statt der Leistung ist nicht Klagänderung 240 Nr. 3; Schätzung des J. 260; Forderung des J. in der Exekution, Klage 778.
Interimistikum s. Provisorien.
Intervention s. Hauptintervention, Nebenintervention, Exekutionsintervention.
Intervention forcé Bem. vor 61.
Invalidenpension, Pfändung 749 Nr. 5.
Inventar, Rechtswohlthat des J. 695, 696; Antrag auf J. 711.
Inzidentfeststellungsklage 253; auf Nichtigkeit einer Ehe 588.
Judicia duplicia 279[2].
Juramentum in litem 260[2]; i. suppletorium und purgatorium s. richterlicher Eid; i. Zenonianum 260[2].
Juristische Personen, Gerichtsstand 19.
Justitium 222[1].
Justizverweigerung, Beschwerde wegen J. Bem. [6] vor 530.
Justizverzögerung Bem. [6] vor 530.

Kalendertag 672.
Kammern für Handelssachen, Zuständigkeit Bem. vor 1; 660[4], 686[2], 871[2].
Kasernen, Zwangsvollstreckung in K. 699.
Kaution, deren Wertsbestimmung 6.
Kautionen s. Sicherheitsleistung.
Kerbholz Bem. [1] vor 380.
Kirchenbaulast, deren Wertsbestimmung 9[2c].
Kinder, Gerichtsstand 17; Prozeßunfähigkeit 51[2a] (S. 72); Vernehmung als Zeugen Bem. [1] vor 338; Wegnahme von K. 769[1].
Klagänderung s. Aenderung der Klage.
Klagantrag 220[3V] (S. 302 f.).
Klage, Erhebung 230; bgl. im Mahnverfahren 636, 637; Erfordernisse 230[2]; über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses 231; Kl. auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit 231; Verbindung der Kl. wegen mehrerer Ansprüche 232; Aenderung der Kl. 235 Nr. 2, 240—242, 467; bgl. in der Berufungsinstanz 489; Zurücknahme der Kl. 243; Erweiterung der Kl. 253; Erhebung der Kl. bei dem Amtsgericht 457, 460, 461.
Klage auf Ehescheidung Bem. [1] vor 568; 568, 592.
Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens Bem. [1] vor 568; 568; EG. 16 Nr. 7 u. 8.
Klage auf Nichtigkeit der Ehe Bem. [1] vor 568; 568, 582.
Klage auf Ungültigkeit einer Ehe Bem. [1] vor 568; 568, 592.
Klage auf Vollstreckungsklausel zu Urteilen 667; zu gerichtlichen und notariellen Urkunden 705.
Klagebeantwortung 244.
Klagegrund 230[3IV] (S. 300).
Klagenverbindung 57, 58, 232; in Ehesachen 575; in Entmündigungssachen 608.
Klagenhäufung s. Klagenverbindung.
Klagerhebung vor den Landgerichten 230; vor den Amtsgerichten 460, 461.
Klageschrift 230, 233, 457.
Kleidungsstücke, Pfändung 715 N. 1.
Knappschaftskassen, Hebungen aus K., Pfändung 749 Nr. 4.
Kommandobehörde, Zustellung durch die K. 158, 184.
Kommissarisches Verfahren s. Vorbereitendes Verfahren.
Kommissionär, dessen Pfandrecht an Kommissionsgut 710[2] (S. 906).
Kommittent, dessen Widerspruchsklage 690[2e].
Kommunalverbände, Zwangsvollstreckung gegen K. EG. 15 Nr. 4.
Kompensation der Kosten s. Aufhebung.

Digitized by Google

Kompensationseinrede kann zur getrennten Verhandlung verwiesen werden 136; Teilurteil bei K. 274; Rechtskraft der Entscheidung über K. 293; Beschränkung der Zulässigkeit der K. im Berufungsverfahren 491.
Kompetenz s. Zuständigkeit.
Kompetenzkonflikt unter mehreren Gerichten 36 Nr. 5, 6.
Kompetenzkonflikt zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde 36[6]; EG. 15 Nr. 1.
Kondiktion des Besitzes 6[2], 232[3].
Konfrontation von Zeugen 359.
Konkurrenz mehrerer Gerichtsstände 35—37.
Konkurs ohne Einfluß auf die Prozeßfähigkeit 50[3]; Unterbrechung des Verfahrens durch den K. 218; Wirkung des K. auf die begonnene Zwangsvollstreckung 693[2]; bgl. auf das Pfändungspfandrecht 709[26]; auf Arrest 807[1].
Konnossement, Besitz auf Grund K. 710[2]; dessen Pfändung 732[3], 746[1]; Amortisation 837.
Konsuln, Gerichtsstand 16; Zustellungen durch die K. 182; Beweisaufnahme durch die K. 328; Legalisation von Urkunden 403; Zwangsvollstreckung 700.
Kontraktsforum 29.
Kontumazialurteil s. Versäumnisurteil.
Kontumazialverfahren s. Versäumnisverfahren.
Korporationen, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 23; Zustellungen an Korporationen 169; Zulässigkeit des Rechtswegs gegen die K. EG. 4; Zwangsvollstreckung EG. 15 Nr. 4.
Korrespondenz, Editionspflicht bezüglich der K. 387[46].
Korrespondenzrheder, Zustellung an den K. 159[3].
Kostbarkeiten, Abschätzung 716.
Kosten bei Streitverkündung 72; Empfangnahme der Kosten durch den Bevollmächtigten 77; Prozeßkosten 87—100 (näheres s. Prozeßkosten); K. der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher statt durch die Post 180; K. der Wiedereinsetzung 216; K. bei Zurücknahme der Klage 243, 247; K. bei Verzögerung des Anbringens von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln 251, 256; K. des Einspruchsverfahrens 309; K. der Zeugenladung 344; Reisekosten der Zeugen und Sachverständigen 366, 378; K. bei Verweisung einer Sache von dem Amtsgerichte an das Landgericht 467; K. eines Sühneversuchs 481; K. im Urkundenprozesse 563; K. in Ehesachen 591; K. in Entmündigungssachen 601, 614, 617, 622; K. des Mahnverfahrens 632, 638; K. der Zwangsvollstreckung 685, 697; K. des Verteilungsverfahrens 760; K. der Vornahme einer Handlung durch einen Dritten zur Vollstreckung 773; K. der Haft 792; K. im Arrestprozesse 801, 802[5] (S. 998).
Kostenaufhebung 88, 93.
Kostenhinterlegung vor der Zeugenladung 344.
Kostenpunkt, Rechtsmittel 94, 472[18]; Anschließung 482[2]; Uebergehung im Urteile 292.
Kostenseparation 90—92.
Kostenvergleichung s. Kostenaufhebung.
Krankenkassen, Hebungen aus K., Pfändung 749 Nr. 4.
Krankheit des Schuldners, Unterbrechung der Haft 784.
Kreisverbände, Zwangsvollstreckung gegen K. EG. 15 Nr. 4.
Krieg, Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens 222, 224.
Kriegsfahrzeug 184, 699, 749, 785, 786.
Küchengeräte, Pfändung 715 Nr. 1.
Kündigung der Vollmacht 83.
Kündigungsklage 231[2].
Künstler, Pfändung 715 Nr. 4.
Kumulation s. Klagenverbindung.
Kunst- oder Gewerbegeheimnis 349 Nr. 3.

Ladeschein, Pfändung 732[3], 746[1]; Amortisation 837.
Ladung, Begriff 191[1]; L. durch die Partei Bem. [2]II vor 191 (S. 249 f.); L. von Amtswegen Bem. [2]III vor 191 (S. 250 f.); Einreichung der L. zur Terminsbestimmung 193, 461, 462; öffentliche L. 187; L. der Zeugen 342, 343; L. der Sachverständigen 367.
Ladungsfrist 194, 204, 217, 302, 636; zu kurze 302.
Ladungsfristen Bem. [4]Id vor 191 (S. 252 f.), 194, 204, 636.
Lagerschein, Besitz auf Grund L. 710[2]; Pfändung 746[1]; Amortisation 837 ff.
Landesgericht, oberstes s. oberstes Landesgericht.
Landesgesetze, Geltung der L. über den Beweis der Unrichtigkeit der in öffentlichen Urkunden bezeugten Thatsachen 383; L. über die Zulassung von Schuldtiteln zur Begründung gerichtlicher Zwangsvollstreckung 706; L. über Eintragung der Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch 731; L. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 757; bgl. über Vollziehung des Arrests in unbewegliches Vermögen 811; Zulassung eines von der Civilprozeßordnung abweichenden Verfahrens, wenn die Gerichtsbarkeit, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Gerichten übertragen wird EG. 3; Unzulässigkeit der Ausschließung des Rechtswegs aus dem Grunde, weil der Fiskus, eine Gemeinde oder öffentliche Korporation beteiligt ist EG. 4; L. über das Prozeßverfahren in Ansehung der Landesherren, der landesherrlichen Familien und der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern EG. 5; L. über das Aufgebotsverfahren EG. 11; Aufhebung der prozeßrechtlichen Vorschriften der L. EG. 14; landesgesetzliche Vorschriften, die durch die Civilprozeßordnung unberührt bleiben EG. 15; L. über Anwendung der Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten der CPrO. anhängig gewordenen Prozesse und Zwangsvollstreckungen EG. 18, 21; L. zur Bestimmung, in welcher Instanz die Richtig-

Digitized by Google

keits- und Restitutionsklagen gegen die vor der Geltung der Civilprozeßordnung rechtskräftig gewordenen Endurteile ꝛc. zu erheben sind EG. 20; Gewährung von Pfand- und Vorzugsrechten gegenüber der Pfändung durch die L. EG. 23.
Landesherren und landesherrliche Familien Widerklage 33[1]; Privilegien 196, 340, 441, 444; EG. 5.
Landgericht, Zuständigkeit S. 1; Unanfechtbarkeit eines Urteils des L. wegen Zuständigkeit des Amtsgerichts 10; Anwaltsprozeß vor dem L. 74; Verfahren vor den L. 230—255; Verweisung an das L. bei Unzuständigkeit des Amtsgerichts 466, 467; Zuständigkeit des L. in Ehesachen 568; in Entmündigungssachen 606; im Verteilungsverfahren 765; bei Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren 871.
Landwirtschaftsinventar, Pfändungsbeschränkung 715 Nr. 5.
Laudatio auctoris 73.
Legalisation öffentlicher Urkunden 402.
Legatsklagen, Gerichtsstand 28[3].
Legitimation des gesetzlichen Vertreters 54; L. des Gerichtsvollziehers 153, 675, 676.
Legitimierte Kinder, deren Gerichtsstand 17[4].
Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8; deren Verhaftung 791.
Lehrlinge, Gerichtsstand 21.
Leibgeding 749[3].
Leistungen, wiederkehrende, Wertsberechnung 9; rückständige aus Reallasten, Gerichtsstand 26.
Leitung der mündlichen Verhandlung 127, 130.
Letztwillige Anordnung eines schiedsrichterlichen Verfahrens 872.
Letztwillige Verfügungen, Ansprüche aus solchen 28.
Lieferung von vertretbaren Sachen 770.
Litigiosität hindert nicht die Veräußerung 236—238.
Litisdenunciation s. Streitverkündung.
Litiskonsortium s. Streitgenossenschaft.
Litiskurator 55, 76, 455.
Litispendenz s. Rechtshängigkeit.
Löschungsklage, Gerichtsstand 26.

Mäkler, Befugnis zur Zeugnisverweigerung 348[6]; Noten der M. sind nicht öffentliche Urkunden 380[1]; Tagebuch der M., Editionspflicht 387 5b.
Mahnverfahren 628 f., Voraussetzungen 628; bedingter Zahlungsbefehl 628; Zuständigkeit 629; Gesuch 630, 642; Zurückweisung des Gesuchs 631; Inhalt des Zahlungsbefehls 632; Zustellung, Wirkungen der Rechtshängigkeit 633; Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl 634—637; Verfahren nach erhobenem Widerspruch 633, 637; Kosten 638; Vollstreckungsbefehl 639, 640; Einspruch dagegen 640; Aufhören der Wirkung des Zahlungsbefehls 641; Vollmacht 643.
Malitiosa desertio Bem. [1] vor 568; EG. 16 Nr. 7, 8.
Mandatsprozeß s. Mahnverfahren.
Mangel der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung 50, 54, 247 Nr. 6, 513 Nr. 3, 542 Nr. 4.
Mangel der Vollmacht 84, 85.
Manifestationseid s. Offenbarungseid.
Marine s. Militärpersonen.
Marktsachen, Gerichtsstand 30; Ladungsfrist 194; Einlassungsfrist 243, 459.
Materielle Beweiskraft der Urkunden Bem. [2] vor 380 (S. 509 f.).
Mehrheit von Prozeßbevollmächtigten 80; M. von Ansprüchen 232.
Meineid, Restitutionsgrund 534 Nr. 1, 3.
Meineidige, Zeugnis 358 Nr. 2; Eideszuschiebung an M. 410[6].
Mennoniten 446[2].
Meß- und Marktsachen, Gerichtsstand 30; Ladungsfrist 194; Einlassungsfrist in M. u. M. 234, 459.
Mietstreitigkeiten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 1; Zwangsvollstreckung 771[1].
Mietverhältnis, Berechnung des Wertes 8.
Milchkuh, Pfändung 715 Nr. 3.
Militärärzte, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7; 749 Nr. 8.
Militärbehörden 343, 673, 793.
Militärdienst im Kriege als Grund zur Aussetzung des Verfahrens 224.
Militärische Hülfe bei der Zwangsvollstreckung 678.
Militärpersonen, Gerichtsstand 14; Zustellungen an M. 158, 184; Aussetzung des Verfahrens gegen M. 224; Ladung als Zeugen 343; Strafen wegen Ausbleibens 345; wegen Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens 355, 374; Zwangsvollstreckung 673, 699; Diensteinkommen der mobilen M. ꝛc. unterliegt nicht der Pfändung 749 Nr. 8; Unstatthaftigkeit und Unterbrechung der Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides gegen mobile M. 785 Nr. 2, 786 Nr. 2; Haft gegen M. 793.
Minderjährige, Prozeßunfähigkeit 51[2b] (S. 72); Eideszuschiebung 435.
Minderjährigkeit ist kein Grund zur Aufhebung der Versäumnisfolgen 210.
Minister, Zeugenvernehmung 341; Ort der Vernehmung 347.
Minor aetas s. Minderjährigkeit.
Missionen, Zustellungen an Mitglieder der M. 183.
Mitglieder der landesherrlichen Familien s. Landesherren.
Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung, gegen sie ist Haft unstatthaft 785 Nr. 1.
Mitglieder einer Korporation, Gerichtsstand 23.
Mitteilung der Urkunden von Anwalt zu Anwalt 126; M. im Vollstreckungsverfahren 683.
Mitteilungen, formlose, Bem. [2] vor 152.
Mitwirkung des Gerichts bei der Zwangsvollstreckung Bem. [2IV] vor 644 (S. 817).
Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder ab-

Digitized by Google

gelehnten Richters als Revisionsgrund 513 Nr. 2, 3; dgl. als Nichtigkeitsgrund 542 Nr. 2, 3.
Mobiler Truppenteil, Zustellung an Angehörige desselben 184; Haft gegen Militärpersonen eines mit T. ist unzulässig 785, 786.
Mobiliarexekution s. Zwangsvollstreckung.
Monatsfristen, Verzeichnis Bem. 4I vor 191 (S. 253), Berechnung 200.
Moratorien, EG. 14.
Mündliche Verhandlung 119 ff.; Uebersicht der Fälle, in denen m. V. obligatorisch ist 119[2] u. [5]; Uebersicht der Fälle, in denen m. V. fakultativ ist 119[6].
Muhamedaner, Eidesleistung 446[2].

Nachholung versäumter Prozeßhandlungen 209, 214; nach vorbereitendem Verfahren 319; in der Berufungsinstanz 493.
Nachlaß, Gerichtsstand 28; Eröffnung des Konkurses über den N. 220; Zwangsvollstreckung in den N. 693, 694, 695, 696[2].
Nachlaßgericht 28, 694.
Nachlaßgläubiger 28.
Nachlaßkurator 220, 693, 694.
Nachlaßvertrag 686[1], 736[2b], [3].
Nachträgliche Beeidigung 358.
Nachträgliche Zeugenbenennung 339.
Nachtzeit, Zustellungen 171[5]; Zwangsvollstreckung 681.
Nachverfahren im Urkundenprozesse 563.
Nachzahlung der Kosten durch die arme Partei 116, 118.
Nahrungsmittel, Pfändung 715 Nr. 2.
Naturereignisse, unabwendbare 211, 302.
Nebenforderungen bleiben bei Berechnung des Streitgegenstandes außer Ansatz 4; Vorbringen von N. ist nicht Klageänderung 240 Nr. 2; N. sind nur auf Antrag zuzuerkennen 279; Ergänzung des Urteils in Bezug auf N. 292; N. gelten nicht als aberkannt, wenn darüber nicht entschieden ist EG. 14 Nr. 5.
Nebenintervention 63; Zeitpunkt 63; Rechte und Pflichten des Nebenintervenienten 64[1] u. [2], 66[2] u. [3]; Wirkung der Entscheidung im Hauptprozesse 66; Beitritt des Nebenintervenienten, Form 67; Verhandlung und Entscheidung über die Zulassung der N. 68; Zuziehung des Nebenintervenienten zum Prozesse 68; N. auf Grund von Streitverkündung 71; Kosten der N. 96; N. des Rechtsnachfolgers 236; Eideszuschiebung an den Nebenintervenienten 414; N. vor dem Amtsgerichte 462; Berechtigung des Nebenintervenienten zur Einlegung von Rechtsmitteln 472[2].
Negative Feststellungsklage 231[4] u. [6].
Negativer Kompetenzkonflikt 36 N. 6.
Negatorische Klage s. actio negatoria.
Negotiorum gestio 31, 85.
Nennung des rechten Besitzers 73.
Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz 491; in der Beschwerdeinstanz 533; Einfluß auf die Kosten 92.
Neue Ansprüche in der Berufungsinstanz 491.
Nichterscheinen s. Ausbleiben.
Nichtigkeitsklage (Wiederaufnahme) 541; Gründe 542; Anfechtung vorausgegangener Entscheidungen 546; Zuständigkeit 547; Verfahren 548; Frist für die Klageerhebung 549; Inhalt der Klageschrift 550, 551; die Zulässigkeit ist von Amtswegen zu prüfen 552; neue Verhandlung 553; Rechtsmittel 554.
Nichtigkeitsklage in Ehesachen 585; Begriff Bem. [1] vor 568, 592; zur Erhebung ist der Staatsanwalt befugt 586; Klagenverbindung, Widerklage 587; als Inzidentklage unzulässig 588; Betreibungsrecht des Staatsanwalts 589; Rechtsmitteleinlegung durch den Staatsanwalt 590; Kosten 591.
Nichtverhandeln wirkt wie Ausbleiben 298.
Nichtwissen, Erklärung mit N. 129[2]; Eid über N. 410[1], 424.
Niederlassung, Gerichtsstand 22.
Niederlegung von Abschriften der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei 124; von Urkunden 125.
Nießbrauch, dessen Pfändung 754.
Nominatio auctoris 73.
Notare, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350; Zwangsvollstreckung gegen N. 715 Nr. 6.
Notariatsurkunden, Beweiskraft 380[1], [2], [3]; N. als Zwangsvollstreckungstitel 702 Nr. 5, 705.
Notbedarf 686[1].
Noteid s. richterlicher Eid.
Notfristen, Begriff und Uebersicht Bem. [4] vor 191 (S. 253), 200; N. werden durch die Gerichtsferien nicht gehemmt 201; können nicht abgekürzt und verlängert werden 202; Wiedereinsetzung gegen N. 211 ff.; Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hemmt die N. 226; Ruhen des Verfahrens ist ohne Einfluß auf die N. 228. Vgl. a. EG. 19.
Notorietät 264, 265.
Notwendige Streitgenossenschaft 59.
Notwendiger Eid s. richterlicher Eid.
Notwendiger Wohnsitz 14, 15.
Nova in der Berufungsinstanz 491; in der Beschwerdeinstanz 533; als Restitutionsgrund 543 Nr. 6, 7.
Nullität s. Nichtigkeit.
Nutzungen als Nebenforderungen 4; wiederkehrende N., Wertsbestimmung 9.
Nutzungsrechte, deren Pfändung 754[1].

Oberstes Landesgericht Bem. [3] vor 507; Einlegung der Revision und Beschwerde EG. 7; Entscheidung über die Zuständigkeit EG. 7; Anwaltsbestellung EG. 8.
Ofen, Pfändung 715 Nr. 1.
Oeffentliche Aufforderung zur Klage befreit von der Pflicht zur Sicherheitsleistung 102 Nr. 4.
Oeffentliche Beamte s. Beamte.

Digitized by Google

Oeffentliche Bekanntmachung des Aufgebots 825, 826; des Ausschlußurteils 833.
Oeffentliche Urkunden s. Urkunden.
Oeffentliche Zustellung 186—189, 304; ö. Z. in Ehesachen 578; keine ö. Z. im Mahnverfahren 628; ö. Z. unterbleibt 730, 761; im Aufgebotsverfahren 825, 833, 842, 848.
Oeffentlichkeit des Verfahrens ist im Protokolle zu konstatieren 145 Nr. 5; Verletzung der Vorschriften über Oe. als Revisionsgrund 513 Nr. 6; Beschränkung der Oe im Entm.-Verfahren Bem. [3] vor 593 (S. 772).
Offenbarungseid zur Vermögensausweisung 711; bei Zwangsvollstreckung auf Wegnahme spezieller Sachen 769; Abnahme 780; Termin 781; Verweigerung, Zwangshaft 782; nachträgliche Leistung 783; Wirkung gegenüber Dritten 784, 795; O. nach bürgerlichem Rechte Bem. [1] vor 780, EG. 16 Nr. 3.
Offenkundigkeit 264.
Offizialbetrieb [1] vor 152.
Offizialverfahren in Ehesachen 577, 581, 582; in Entmündigungssachen 597, 602, 603.
Offiziere, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8.
Orden, Pfändung 715 Nr. 9.
Ordentliche Gerichtstage 461.
Ordentliche Rechtsmittel im Sinne des Einf.Gesetzes EG. 20.
Ordnung, Aufrechthaltung in der Verhandlung 144.
Ort der Zustellung 174 Nr. 1.

Pachtverhältnis, Berechnung des Wertes 8.
Pächter, Gerichtsstand 22.
Papiere, indossable, Pfändung 732; Amortisation 737 ff.
Parsen, Eidesleistung 446[2].
Partei, Begriff Bem. [3] vor 50 (S. 69).
Parteibetrieb Bem. [1] vor 152.
Parteieide 410 ff. (s. a. Eideszuschiebung, richterlicher Eid); in Ehesachen 577; in Entmündigungssachen ausgeschlossen 611, 620, 624, 626.
Parteien, Vertretung 74, 75; Widerruf des Geständnisses des Bevollmächtigten durch die P. 81; persönliches Erscheinen der Parteien 132; zum Sühneversuche 228; in Ehesachen 579; Recht zum Wortergreifen 128; Entziehung des Worts 143; Zustellungen an P. 169; Fragerecht bei Zeugenvernehmung 362.
Parteifähigkeit Bem [1] vor 50 (S. 66).
Parteilichkeit des Richters, Restitutionsgrund 543 Nr. 5.
Parteiprozeß 74[1], 75.
Patentprozesse, Gerichtsstand 13[4]; Zustellung in P. 159[1].
Patentrecht, Ort, wo es sich befindet 24[3]; dessen Pfändung 754[1d].
Pension, deren Pfändung 715, 733, 735, 749.
Peremption der Instanz 228[5].
Peremptorische Natur aller Fristen und Termine Bem. vor 208.
Perpetuatio fori 235[2b].
Persönlicher Sicherheitsarrest 798, 812 — s. a. Arrest.
Persönliches Erscheinen der Parteien 132; zum Sühneversuche 268; in Ehesachen 579.
Persona legitima standi in iudicio s. Prozeßfähigkeit.
Personalarrest 798; Vollzug 812.
Personenvereine, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 33; EG. 15 Nr. 2.
Pertinenzen von Immobilien 710[2], 757[2], 771[2].
Petitorium 232[3].
Petitum s. Antrag.
Pfändung 708; von körperlichen Sachen 712; von Geldforderungen 730; von Wechseln ꝛc. 732; Wirkung 709 — s. a. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen und Zwangsvollstreckung in Forderungen ꝛc.
Pfändungspfandrecht 709.
Pfandrecht, dessen Wertsbestimmung 6; Pf. an gepfändeten Sachen 709; an Sicherheiten und hinterlegten Sachen 101[4], 709[4].
Pflicht zum Zeugnisse 345[1]; zum Gutachten 372[1].
Pflichtteilsrecht als Gegenstand der Zwangsvollstreckung 754[1].
Philipponen, Eidesleistung 446[2].
Pignus in causa iudicati captum 709.
Possessorium 232[3]; p. summarium (summariissimum) 232[3], 819[1].
Post, Zustellungen durch Aufgabe zur P. 161, 164, 175, 221, 730; Zustellungen durch die P. 176—180, 683; Zusendung durch die P. 683.
Postboten 178, 380.
Posteinzahlung 691 Nr. 5.
Postgesetz 715[9], 808[2]; EG. 13[5].
Postschein über Posteinzahlung 691 Nr. 5.
Postsendungen sind einzuschreiben 161.
Präjudizialeinrede 139[1].
Präjudizialinzidentklage und -widerklage 253.
Präjudizialklagen s. Feststellungsklagen.
Präklusion als Versäumnisfolge 208[2].
Präparatorisches Verfahren 250, 313 ff.; s. vorbereitendes Verfahren.
Präsumtionen s. Vermutungen.
Prävasikation als Restitutionsgrund 543[5].
Prävention 235, 871.
Prinzipalintervention s. Hauptintervention.
Privatbeamte, Pfändung 749 Abs. 3.
Privaturkunde s. Urkunden.
Probatio ad perpetuam rei memoriam s. Sicherung des Beweises.
Prokuristen als Prozeßbevollmächtigte 76[5]; Zustellungen an den P. 159.
Prorogation 39; s. a. Vereinbarung über die Zuständigkeit.
Protestation gegen Veräußerungen 588, 817.

Digitized by Google

Protokoll über die Verhandlung, Inhalt 145; Feststellungen zu Protokoll 146, 147; Verlesung 148; Unterschrift des Vorsitzenden und Gerichtsschreibers 149; Beweis der Förmlichkeiten durch das Protokoll 150, 285; Pr. außerhalb der Sitzung 151; im Verfahren zur Sicherung des Beweis 453; bei Amtsgerichten 470.
Protokoll über Vollstreckungshandlungen 682, 683.
Protokollanlagen 146.
Provinzialverbände, Zwangsvollstreckung EG. 15 Nr. 4.
Provisorien 819.
Provisorische Beschlagnahme einer Forderung 744.
Provocatio ex l. Diffamari 231[46] (S. 312); ex l. Si contendat 231[46] (S. 312).
Prozeßakten 271, 506, 519.
Prozeßbeistand 86.
Prozeßbetrieb bei Streitgenossenschaft 60. S. a. Parteibetrieb.
Prozeßbevollmächtigte s. Bevollmächtigte.
Prozeßfähigkeit 50—55; richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte 50; setzt die Fähigkeit voraus, sich durch Verträge zu verpflichten 51; Pr. der Personen unter väterlicher Gewalt 51; der Ehefrauen 51; der juristischen Personen 50[2c]; des Gemeinschuldners 50[2]; der Ausländer 53; Prüfung der Pr. von Amtswegen 54; Pr. als Voraussetzung für die Fähigkeit der Vertretung im Prozesse 82; Verlust der Pr., Unterbrechung des Verfahrens 219; Einrede des Mangels der Pr. 247 Nr. 6.
Prozeßhandlungen vor dem Gerichtsschreiber, kein Anwaltszwang 74; Vollmacht zu einzelnen Pr. 79; Pr. des Bevollmächtigten 81; Versäumung von Pr. 208—210; Form der Pr., deren Rüge 267.
Prozeßhindernde Einreden 247—250; Begriff 247[2]; verzichtbare, unverzichtbare 247[11]; gesonderte Verhandlung 248; Urteil darüber 248; Rechtsmittel gegen das Urteil über pr. E. 472[1c]; pr. E. vor den Amtsgerichten 465; in der Berufungsinstanz 490; Zurückverweisung an die erste Instanz, wenn das angefochtene Urteil nur über pr. E. entschieden hat 500; in der Revisionsinstanz 529; im Urkunden- und Wechselprozeß 557.
Prozeßkosten trägt die unterliegende Partei 87; Entscheidung über die Pr. 87[4]; Aufhebung (Kompensation, Vergleichung) und Teilung der Pr. 83; bei sofortiger Anerkennung des Anspruchs können die Pr. dem Kläger überbürdet werden 89; der Versäumung oder Verlegung von Terminen oder Fristen 90; P. der erfolgten Angriffs- oder Verteidigungsmittel 91; bei Rechtsmitteln 92; bei Vergleichen 93; Anfechtung der Entscheidung über die P. 94; Haftung mehrerer Streitgenossen für die P. 95; P. bei Nebenintervention, Streitverkündung 96; Haftung der Gerichtsschreiber, Bevollmächtigten 2c. für verschuldete P. 97; Erstattung der P. 98; Festsetzungsverfahren 98, 100; Sicherheitsleistung für P. 101—105; Armenrecht 106—118; P. des amtsgerichtlichen Verfahrens bei Verweisung der Sache an das Amtsgericht sind als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Prozeßkosten zu betrachten 467; Sühneversuch 471; im Arrestprozeß 801, 802[3]. S. a. Kosten.
Prozeßleitung 130—143; vor den Amtsgerichten 464.
Prozeßrechtliche Vorschriften der Reichsgesetze EG. 13; der Landesgesetze EG. 14.
Prozeßsubjekt Bem. [1—3] vor 50 (S. 66 ff.).
Prozeßvollmacht s. Vollmacht.
Prozeßvoraussetzungen, Begriff 247[2]; Pr. bei der Feststellungsklage 231[2d, 4c]; bei der Klage im Urk.- und Wechselprozesse 556, 560[1]; zum Arrestantrage 800; Prüfung der Pr. im Versäumnisverfahren 295[2] u. [3], 296[2]; Pr. der Widerklage 33[2, 5].
Prozeßvorschriften, deren Rüge 267, 492, 521.
Prüfung des Gesuchs um Bewilligung des Armenrechts 109.
Purifikationsurteil 427; vorläufige Vollstreckbarkeit 648 Nr. 2.

Qualifiziertes Geständnis 262[2].
Qualitäten s. Thatbestand des Urteils.
Quantität vertretbarer Sachen, Forderung im Urkundenprozeß 555, im Mahnverfahren 628; Zwangsvollstreckung eines Urteils auf Leistung einer Q. 2c. 769, 770.
Quasikontrakte 29[4].
Querela inofficiosi testamenti, Gerichtsstand 28[2]; Pfändung 754[1].
Querela insanabilis nullitatis Bem.[1] vor 541.
Querela nullitatis in Ehesachen Bem.[1] vor 568.
Querela protractae vel denegatae iustitiae Bem.[6] vor 530.
Querela simplex Bem.[1] vor 530.
Quittierungsbefugnis des Gerichtsvollziehers 675, 677.
Quittung, Beweiskraft EG. 17.

Rabierungen in einer Urkunde 384.
Räumung von Immobilien, Vollstreckung 771.
Reallasten, Gerichtsstand für Klagen wegen R. 26.
Realservituten, Wertbestimmung 7; Gerichtsstand für die Klagen 25.
Reassumtion s. Wiederaufnahme.
Rechnungsfehler in Urteilen 290.
Rechnungslegung, Verurteilung zu R., Zwangsvollstreckung 774[1].
Rechnungssachen, vorbereitendes Verfahren 313 ff., 469.
Rechtlicher Zusammenhang 53[3c], 138[2], 274.

Digitized by Google

Rechtliches Gehör vor dem Schiedsgericht 860, 867.
Rechtliches Interesse bei Feststellungsklagen 231[3c d, 4b].
Rechtsanwalt s. Anwalt.
Rechtsbesitz, Wertsbestimmung 6[1].
Rechtsgemeinschaft 56.
Rechtshängigkeit, Fortdauer der R. bei Verweisung zur gesonderten Verhandlung 136[5]; Eintritt und prozessualische Wirkungen der R. 235; R. hindert nicht die Veräußerung des Streitgegenstandes 236—238; materiellrechtliche Wirkungen 239; Einrede der R. 247 Nr. 3; R. eines im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs 254; Fortdauer der R. bei Verweisung vom Landgerichte an das Amtsgericht 249; Fortdauer der R. bei Verweisung vom Amtsgerichte an das Landgericht 467; R. bei Klageerhebung am Sühnetermin 471[5]; Fortdauer der R. bei Abstehen vom Urkundenprozeß 559; Fortdauer der R. bezüglich des Nachverfahrens im Urkundenprozeß 563; R. im Mahnverfahren 633, 635, 637, 641; R. der Prozesse bei Einführung der PrO. EG. 18.
Rechtskraft des Urteils 293; formelle R. 645; materielle R. 293[2]; Wirkungen 293[6]; Rechtskraft der Entscheidungsgründe 293[2 u. 3]; R. der Urteile als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit 644; Eintritt der R. 645; Zeugnisse über die R. 646; R. des ausländischen Urteils 661[2 u. 3]; R. des Schiedsspruchs 866; R. im Sinne des Einf.Ges. EG. 19.
Vgl. auch exceptio rei iudicatae.
Rechtsmittel, Begriff S. 576; R. ordentliche außerordentliche im Sinne des Einf.Ges. EG. 19, 20; Kosten für erfolglose R. 92; R. bezüglich des Kostenpunkts 94; wegen Bewilligung, Entziehung des Armenrechts 118; Zustellung des Schriftsatzes, worin ein R. eingelegt wird 164; R. gegen das Urteil über prozeßhindernde Einreden 248, 472[10]; R. in dem Verfahren über Nichtigkeits- oder Restitutionsklagen 554; R. des Staatsanwalts in Ehesachen 589, 590; R. gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil 657; R. im schiedsrichterlichen Verfahren 860[1]; R. gegen Endurteile, die vor der Geltung der PrO. Rechtskraft erlangten EG. 20.
S. a. Berufung, Revision, Beschwerde.
Rechtsnachfolger, Ladung des R. beim Tode einer Partei 217; Wirkung der Entscheidung für R. 236—238; Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen für und gegen den R. 665, 671; Zwangsvollstreckung für und gegen den R. 655, 671, 703; Vollziehung von Arresten gegen den R. 809.
Rechtsnorm, Beweis der R. 265; Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung als Revisionsgrund 512.
Rechtsvermutung s. Vermutung.
Rechtsvorgänger, Zeugnispflicht 350 Nr. 4; Eid über Handlungen der R. 410[2b].
Rechtsweg, Einrede der Unzulässigkeit des R. 247 Nr. 2; Ausschließung des R. EG. 4, 5.
Rechtswohlthat des Notbedarfs in der Zwangsvollstreckung 686[1]; des Inventars 686[1], 695, 696.
Receptum arbitrii Bem.[3] vor 851.
Reconventio s. Widerklage.
Referatserstattung 124[4].
Reformatio in peius ausgeschlossen in der Berufungsinstanz 498[4]; vgl. in der Revisionsinstanz 522[1].
Regreßpflicht als Grund zur Ausschließung einer Gerichtsperson 41 Nr. 1; als Grund zur Zeugnisverweigerung 349, 350, vgl. 358.
Regreßrecht als Veranlassung zur Streitverkündung 69.
Reichsanzeiger 187, 825, 833, 842, 848.
Reichsbank, Gerichtsstand 19[1], 22[3].
Reichsbankanteilscheine, Amortisation 837[2].
Reichsbehörden, oberste, Ort der Vernehmung der Vorstände 347.
Reichsfiskus, Gerichtsstand 20.
Reichsgericht als Revisionsgericht Bem.[2] vor 507; Zuständigkeit des R. im Verhältnis zu einem oberst. Landesgericht EG. 7; Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das R. EG. 9.
Reichsgesetz, dessen Verletzung als Revisionsgrund 511; Verhältnis der R. z. CPrO. EG. 13.
Reichskanzler, Vernehmung als Zeuge 341; Ort der Vernehmung 347.
Reichskasse, Kosten der Revision 92.
Reichskonsuln, Beweisaufnahme durch R. 328; Legalisation von Urkunden durch R. 403; Zwangsvollstreckung durch R. 700.
Reichspostgesetz 715[9], 808[2]; EG. 13[1] und 13 Nr. 4.
Reichsschuldbuch 722[1], 730[3a], 737[3], 810[1a], 817[2].
Reinigungseid 437[1].
Reisekosten des Anwalts 87; der Zeugen 366; der Sachverständigen 378.
Reisende, Streitigkeiten der R. mit Wirten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 3; Provisorien 819[1].
Rekognition von Urkunden 404.
Rekonvention s. Widerklage.
Rekusation s. Ablehnung.
Relation des Eides s. Eideszurückschiebung.
Religionsbekenntnis 390.
Remedium ex l. ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 28[3], 232[3].
Repliken, deren Zulässigkeit bis zum Schluß der Verhandlung 251.
Replikschrift 245.
Requisition zum Zwecke der Zustellung 185, 190; zum Zwecke der Zwangsvollstreckung 698—700, 793.
S. a. beauftragter und ersuchter Richter.
Res litigiosa, Veräußerung 236—238.
Restitutio ex c. minoris aetatis findet nicht

Digitized by Google

Arme 107, 115; Zustellungen durch G. 152 ff. (s. Zustellung); Beglaubigung von Abschriften durch G. 156; Zwangsvollstreckung durch G. §§ 674 ff.; vgl. Zwangsvollstreckung, allgemeine Bestimmungen.
Gesandte, Gerichtsstand 16, Zustellungen durch G. 182; Legalisation von Urkunden 403. Vgl. a. Exterritoriale.
Geschäftsführer ohne Auftrag 85.
Geschäftsherr, Klagen des G. und gegen den G., Gerichtsstand 31.
Geschäftslokal 165, 168, 169.
Geschlechtsvormundschaft 51[4].
Gesellschaften, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 23; EG. 15 Nr. 2.
Gesetz ist jede Rechtsnorm 512, EG. 12.
Gesetzesverletzung, Revisionsgrund 511—513.
Gesetzgebende Versammlung, Vernehmung der Mitglieder als Zeugen 347; Verhaftung der Mitglieder 785, 786.
Gesetzliche Fristen Bem. [4l] vor 191 (S. 252 f.).
Gesetzlicher Umfang der Vollmacht 79.
Gesetzlicher Vertreter, Begriff 50[4]; Legitimation 54; Verurteilung in Prozeßkosten 97; Eideszuschiebung 435, 436.
Gesindestreitigkeiten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 2.
Geständnis des Bevollmächtigten 81; außergerichtliches G. 255[1], 291[2b], Bem. [2b] vor 380 (S. 509 f.); gerichtliches G. 261—263, 494; gerichtliches G. eines Streitgenossen 58[2 u. 3]; dgl. eines Intervenienten 64[2b], 66[3b]; gerichtliches G. in Ehesachen 577; dgl. in Entmündigungsprozessen 611; qualifiziertes G. 662; Widerruf des gerichtlichen G. 263; Feststellung des G. zu Protokoll 270, 470.
Gesuch um bedingten Zahlungsbefehl 630, 642.
Gewährschaftsanspruch, Streitverkündung 61.
Gewahrsam 710[2], 712, 713, 772.
Gewalt, höhere 211[1].
Gewaltanwendung durch den Gerichtsvollzieher 678, 679, 777.
Gewerbegeheimnis 349 Nr. 3.
Gewerbegehülfen, Gerichtsstand 21; Zustellungen an solche 168.
Gewerbegerichte 11[3], 45[4], Bem. [3] vor 472, 472[1a], Bem. [3] vor 530, Bem. [4] vor 540, Bem. [5] vor 644, 648[2], 651[2], 702[ef], 775[2] Bem. [5] vor 795. Bem. [1d] vor 851.
Gewerberechte, deren Pfändung 754[1].
Gewerbetreibende, Ersatzzustellung für solche 168.
Gewerbsmäßige Bevollmächtigte und Beistände 143.
Gewerkschaften, Gerichtsstand 19, 23; Zustellungen 169.
Gewinnanteilscheine 843, 844.
Gewissensvertretung 418[1 u. 2].
Gewohnheitsrecht, Beweis 265; Verletzung des G. als Revisionsgrund 512[1].
Gläubiger, Begriff im Zwangsvollstreckungsverfahren Bem. [3] vor 644 (S. 818).
Glaubhaftmachung 266; Begriff 266[1]; Fälle der G. 266[4].
Goldsachen, Versteigerung 716, 721.
Grenzscheidungsklagen, Gerichtsstand 25.
Großjährige, Prozeßfähigkeit 51.
Grunddienstbarkeit, deren Wertsbestimmung 7.
Grunddienstbarkeitsklagen, Gerichtsstand 25.
Grundschulden 731[2].
Grundstücke, Klagen in Bezug auf G., Gerichtsstand 25; Übernahme des Streits über G. durch den Rechtsnachfolger 237.
Gütliche Beilegung des Prozesses 268.
Gutachten s. Sachverständige.
Guter Glaube 238[1]; bei Pfändung von körperlichen Sachen 690[2]; bei Pfändung von Hypothekenforderungen 731[1].
Gutswirtschaft 22.

Haft, Strafe des ausbleibenden Zeugen 345; bei Verweigerung des Zeugnisses 355, 597, des Gutachtens Sachverständiger 374, 597; H. zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 774, 775; zur Erzwingung des Offenbarungseides 782; Vollzug 785—794. S. a. Zwangshaft.
Haftbefehl 789.
Handarbeiter, Gerichtsstand 21; Pfändung gegen H. 715 Nr. 4.
Hand, wahre Hand 238[1], 690[2], 769[2].
Handelsbücher, deren Beweiskraft 381[7], EG. 13 Nr. 2; EG. 13[2]; Edition der H. 387[2a u. b]; Ort der Vorlegung 399[2]; Pfändung 715[9].
Handelsgebräuche, Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung als Revisionsgrund 512[1].
Handelsniederlassung, Gerichtsstand 22.
Handelsmäkler 380[1]; Schlußnoten der H. 381[7]; Tagebuch ders. 387[4c].
Handlungen, vertretbare, Vollstreckung 773; nicht vertretbare, Vollstreckung 774; unerlaubte, Gerichtsstand 32.
Handlungsbevollmächtigte 76[5], 159[2].
Handwerker, Pfändung 715 Nr. 4.
Handzeichen 381, 405.
Hauptteil s. Eideszuschiebung.
Hauptintervention 61, 62, 72[2c], 78, 236, 462.
Hausgenossen, Zustellung an H. 166.
Hausgerät, Pfändung 715 Nr. 1.
Hauskinder, Prozeßfähigkeit 51.
Hauswirt, Zustellung an den H. 166.
Havereigläubiger, dessen Verhältnis zum Pfändungsgläubiger 710[2] (S. 904).
Hebammen, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350; Pfändung 715 Nr. 4.
Heimatshafen, Gerichtsstand 22[7].
Heizöfen, Pfändung 715 Nr. 1.
Hinterlegung des Betrags einer Forderung in dem Falle mehrerer Prätendenten 72; H. als Sicherheitsleistung 101; zur Abwendung der Vollstreckung 652, 659, 738; H. des Erlöses in der Zwangsvollstreckung bei Geltend-

Digitized by Google

machung von Vorzugsrechten 710, 751; bei Streitigkeiten über die Verteilung 728, 751; H. durch den Drittschuldner 750; H. zur Abwendung des Arrestes 803; im Arrestverfahren 810, 813; Pfandrecht an hinterlegten Beträgen 101[4], 709[4].
Höhere Gewalt 211[1].
Hohenzollern, Fürstliche Familie, Privilegien 196, 340, 444; EG. 5.
Hülfskassen 759 Nr. 4.
Hypothekarische Klage, Gerichtsstand 26; keine Kautionspflicht 102.
Hypothekenforderungen, deren Pfändung 731.
Hypothekenurkunden als Vollstreckungstitel 702 Nr. 5, 705, 706; Beweiskraft EG. 17.

Jahresfristen, Verzeichnis und Berechnung Bem. [41] vor 191 (S. 254).
Jahrmärkte 30.
Immission in Immobilien 771.
Immobiliararrest 811.
Immobiliarklagen, dinglicher Gerichtsstand 25.
Immobiliarvermögen, Zwangsvollstreckung in das J. 755—758.
Immobilien, Herausgabe, Räumung, Vollstreckung 771.
Impedimenta dirimentia publica, privata Bem. [1] vor 568 (S. 750).
Indizienbeweis 255, 256[1] (S. 360).
Indossable Papiere, Pfändung 732; Amortisation 837, 838.
Inhaberpapiere, Pfändung 732; Amortisation 837 ff.
S. a. Wertpapiere.
Inhibitorium 730[2b].
Inkompetenz s. Unzuständigkeit.
Inkurssetzung gepfändeter Papiere 724.
Insinuation s. Zustellung.
Insinuationsmandatar s. Zustellungsbevollmächtigter.
Interdicta adipiscendae, recuperandae, retinendae possessionis 25[2f], 232, 690[2c] (S. 878); des Pfandgläubigers 709[2], 712[2].
Interdictum quod legatorum 232[2]; i. quorum bonorum 232[2]; i. Salvianum 25[2f], 232[2].
Interesse, als Voraussetzung für Feststellungsklagen 231[3cd] u. [4b], 253[4]; Forderung des J. statt der Leistung ist nicht Klagänderung 240 Nr. 3; Schätzung des J. 260; Forderung des J. in der Exekution, Klage 778.
Interimistikum s. Provisorien.
Intervention s. Hauptintervention, Nebenintervention, Exekutionsintervention.
Intervention forcé Bem. vor 61.
Invalidenpension, Pfändung 749 Nr. 5.
Inventar, Rechtswohlthat des J. 695, 696; Antrag auf J. 711.
Inzidentfeststellungsklage 253; auf Nichtigkeit einer Ehe 588.
Judicia duplicia 279[2].
Juramentum in litem 260[2]; i. suppletorium und purgatorium s. richterlicher Eid; i. Zenonianum 260[2].
Juristische Personen, Gerichtsstand 19.
Justitium 222[1].
Justizverweigerung, Beschwerde wegen J. Bem. [6] vor 530.
Justizverzögerung Bem. [6] vor 530.

Kalendertag 672.
Kammern für Handelssachen, Zuständigkeit Bem. vor 1; 660[4], 686[2], 871[2].
Kasernen, Zwangsvollstreckung in K. 699.
Kaution, deren Wertsbestimmung 6.
Kautionen s. Sicherheitsleistung.
Kerbholz Bem. [1] vor 380.
Kirchenbaulast, deren Wertsbestimmung 9[2c].
Kinder, Gerichtsstand 17; Prozeßunfähigkeit 51[2a] (S. 72); Vernehmung als Zeugen Bem. [1] vor 338; Wegnahme von K. 769[1].
Klagänderung s. Aenderung der Klage.
Klagantrag 220[3v] (S. 302 f.).
Klage, Erhebung 230; bgl. im Mahnverfahren 636, 637; Erfordernisse 230[3]; über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses 231; Kl. auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit 231; Verbindung der Kl. wegen mehrerer Ansprüche 232; Aenderung der Kl. 235 Nr. 2, 240—242, 467; bgl. in der Berufungsinstanz 489; Zurücknahme der Kl. 243; Erweiterung der Kl. 253; Erhebung der Kl. bei dem Amtsgericht 457, 460, 461.
Klage auf Ehescheidung Bem. [1] vor 568; 568, 592.
Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens Bem. [1] vor 568; 568; EG. 16 Nr. 7 u. 8.
Klage auf Nichtigkeit der Ehe Bem. [1] vor 568; 568, 582.
Klage auf Ungültigkeit einer Ehe Bem. [1] vor 568; 568, 592.
Klage auf Vollstreckungsklausel zu Urteilen 667; zu gerichtlichen und notariellen Urkunden 705.
Klagebeantwortung 244.
Klagegrund 230[2IV] (S. 300).
Klagenverbindung 57, 58, 232; in Ehesachen 575; in Entmündigungssachen 608.
Klagenhäufung s. Klagenverbindung.
Klagerhebung vor den Landgerichten 230; vor den Amtsgerichten 460, 461.
Klageschrift 230, 233, 457.
Kleidungsstücke, Pfändung 715 Nr. 1.
Knappschaftskassen, Hebungen aus K., Pfändung 749 Nr. 4.
Kommandobehörde, Zustellung durch die K. 158, 184.
Kommissarisches Verfahren s. Vorbereitendes Verfahren.
Kommissionär, dessen Pfandrecht an Kommissionsgut 710[2] (S. 906).
Kommittent, dessen Widerspruchsklage 690[2c].
Kommunalverbände, Zwangsvollstreckung gegen K. EG. 15 Nr. 4.
Kompensation der Kosten s. Aufhebung.

Digitized by Google

Kompensationseinrede kann zur getrennten Verhandlung verwiesen werden 136; Teilurteil bei K. 274; Rechtskraft der Entscheidung über K. 293; Beschränkung der Zulässigkeit der K. im Berufungsverfahren 491.
Kompetenz s. Zuständigkeit.
Kompetenzkonflikt unter mehreren Gerichten 36 Nr. 5, 6.
Kompetenzkonflikt zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde 36[6]; EG. 15 Nr. 1.
Kondiktion des Besitzes 6[2], 232[3].
Konfrontation von Zeugen 359.
Konkurrenz mehrerer Gerichtsstände 35—37.
Konkurs ohne Einfluß auf die Prozeßfähigkeit 50[3]; Unterbrechung des Verfahrens durch den K. 218; Wirkung des K. auf die begonnene Zwangsvollstreckung 693[3]; bgl. auf das Pfändungspfandrecht 709[10]; auf Arrest 807[1].
Konnossement, Besitz auf Grund K. 710[2]; dessen Pfändung 732[2], 746[1]; Amortisation 837.
Konsuln, Gerichtsstand 16; Zustellungen durch die K. 182; Beweisaufnahme durch die K. 328; Legalisation von Urkunden 403; Zwangsvollstreckung 700.
Kontraktsforum 29.
Kontumazialurteil s. Versäumnisurteil.
Kontumazialverfahren s. Versäumnisverfahren.
Korporationen, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 23; Zustellungen an Korporationen 169; Zulässigkeit des Rechtswegs gegen die K. EG. 4; Zwangsvollstreckung EG. 15 Nr. 4.
Korrespondenz, Editionspflicht bezüglich der K. 387[4c].
Korrespondenzreeder, Zustellung an den K. 159[3].
Kostbarkeiten, Abschätzung 716.
Kosten bei Streitverkündung 72; Empfangnahme der Kosten durch den Bevollmächtigten 77; Prozeßkosten 87—100 (näheres s. Prozeßkosten); K. der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher statt durch die Post 180; K. der Wiedereinsetzung 216; K. bei Zurücknahme der Klage 243, 247; K. bei Verzögerung des Anbringens von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln 251, 256; K. des Einspruchsverfahrens 309; K. der Zeugenladung 344; Reisekosten der Zeugen und Sachverständigen 366, 378; K. bei Verweisung einer Sache von dem Amtsgerichte an das Landgericht 467; K. eines Sühneversuchs 481; K. im Urkundenprozesse 563; K. in Ehesachen 591; K. in Entmündigungssachen 601, 614, 617, 622; K. des Mahnverfahrens 632, 638; K. der Zwangsvollstreckung 685, 697; K. des Verteilungsverfahrens 760; K. der Vornahme einer Handlung durch einen Dritten zur Vollstreckung 773; K. der Haft 792; K. im Arrestprozesse 801, 802[3] (S. 998).
Kostenaufhebung 88, 93.
Kostenhinterlegung vor der Zeugenladung 344.
Kostenpunkt, Rechtsmittel 94, 472[1a]; Anschließung 482[2]; Uebergehung im Urteile 292.
Kostenseparation 90—92.
Kostenvergleichung s. Kostenaufhebung.
Krankenkassen, Hebungen aus K., Pfändung 749 Nr. 4.
Krankheit des Schuldners, Unterbrechung der Haft 784.
Kreisverbände, Zwangsvollstreckung gegen K. EG. 15 Nr. 4.
Krieg, Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens 222, 224.
Kriegsfahrzeug 184, 699, 749, 785, 786.
Küchengeräte, Pfändung 715 Nr. 1.
Kündigung der Vollmacht 83.
Kündigungsklage 231[2].
Künstler, Pfändung 715 Nr. 4.
Kumulation s. Klagenverbindung.
Kunst- oder Gewerbegeheimnis 349 Nr. 3.

Ladeschein, Pfändung 732[2], 746[1]; Amortisation 837.
Ladung, Begriff 191[1]; L. durch die Partei Bem. [2II] vor 191 (S. 249 f.); L. von Amtswegen Bem. [2III] vor 191 (S. 250 f.); Einreichung der L. zur Terminsbestimmung 193, 461, 462; öffentliche L. 187; L. der Zeugen 342, 343; L. der Sachverständigen 367.
Ladungsfrist 194, 204, 217, 302, 636; zu kurze 302.
Ladungsfristen Bem. [4Id] vor 191 (S. 252 f.), 194, 204, 636.
Lagerschein, Besitz auf Grund L. 710[2]; Pfändung 746[1]; Amortisation 837 ff.
Landesgericht, oberstes s. oberstes Landesgericht.
Landesgesetze, Geltung der L. über den Beweis der Unrichtigkeit der in öffentlichen Urkunden bezeugten Thatsachen 383; L. über die Zulassung von Schuldtiteln zur Begründung gerichtlicher Zwangsvollstreckung 706; L. über Eintragung der Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch 731; L. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 757; bgl. über Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen 811; Zulassung eines von der Civilprozeßordnung abweichenden Verfahrens, wenn die Gerichtsbarkeit, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, den ordentlichen Gerichten übertragen wird EG. 3; Unzulässigkeit der Ausschließung des Rechtswegs aus dem Grunde, weil der Fiskus, eine Gemeinde oder öffentliche Korporation beteiligt ist EG. 4; L. über das Prozeßverfahren in Ansehung der Landesherren, der landesherrlichen Familien und der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern EG. 5; L. über das Aufgebotsverfahren EG. 11; Aufhebung der prozeßrechtlichen Vorschriften der L. EG. 14; landesgesetzliche Vorschriften, die durch die Civilprozeßordnung unberührt bleiben EG. 15; L. über Anwendung der Civilprozeßordnung auf die vor dem Inkrafttreten der CPrO. anhängig gewordenen Prozesse und Zwangsvollstreckungen EG. 18, 21; L. zur Bestimmung, in welcher Instanz die Richtig-

Digitized by Google

keits- und Restitutionsklagen gegen die vor der Geltung der Civilprozeßordnung rechtskräftig gewordenen Endurteile ꝛc. zu erheben sind EG. 20; Gewährung von Pfand- und Vorzugsrechten gegenüber der Pfändung durch die L. EG. 23.

Landesherren und landesherrliche Familien Widerklage 33[1]; Privilegien 196, 340, 441, 444; EG. 5.

Landgericht, Zuständigkeit S. 1; Unanfechtbarkeit eines Urteils des L. wegen Zuständigkeit des Amtsgerichts 10; Anwaltsprozeß vor dem L. 74; Verfahren vor den L. 230—255; Verweisung an das L. bei Unzuständigkeit des Amtsgerichts 466, 467; Zuständigkeit des L. in Ehesachen 568; in Entmündigungssachen 606; im Verteilungsverfahren 765; bei Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren 871.

Landwirtschaftsinventar, Pfändungsbeschränkung 715 Nr. 5.

Laudatio auctoris 73.

Legalisation öffentlicher Urkunden 402.

Legatsklagen, Gerichtsstand 28[3].

Legitimation des gesetzlichen Vertreters 54; L. des Gerichtsvollziehers 153, 675, 676.

Legitimierte Kinder, deren Gerichtsstand 17[4].

Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8; deren Verhaftung 791.

Lehrlinge, Gerichtsstand 21.

Leibgeding 749[3].

Leistungen, wiederkehrende, Wertsberechnung 9; rückständige aus Reallasten, Gerichtsstand 26.

Leitung der mündlichen Verhandlung 127, 130.

Letztwillige Anordnung eines schiedsrichterlichen Verfahrens 872.

Letztwillige Verfügungen, Ansprüche aus solchen 28.

Lieferung von vertretbaren Sachen 770.

Litigiosität hindert nicht die Veräußerung 236—238.

Litisdenunciation s. Streitverkündung.

Litiskonsortium s. Streitgenossenschaft.

Litiskurator 55, 76, 455.

Litispendenz s. Rechtshängigkeit.

Löschungsklage, Gerichtsstand 26.

Mäkler, Befugnis zur Zeugnisverweigerung 348[6]; Noten der M. sind nicht öffentliche Urkunden 380[1]; Tagebuch der M., Editionspflicht 387 [5b].

Mahnverfahren 628 f., Voraussetzungen 628; bedingter Zahlungsbefehl 628; Zuständigkeit 629; Gesuch 630, 642; Zurückweisung des Gesuchs 631; Inhalt des Zahlungsbefehls 632; Zustellung, Wirkungen der Rechtshängigkeit 633; Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl 634—637; Verfahren nach erhobenem Widerspruch 633, 637; Kosten 638; Vollstreckungsbefehl 639, 640; Einspruch dagegen 640; Aufhören der Wirkung des Zahlungsbefehls 641; Vollmacht 643.

Malitiosa desertio Bem. [1] vor 568; EG. 16 Nr. 7, 8.

Mandatsprozeß s. Mahnverfahren.

Mangel der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung 50, 54, 247 Nr. 6, 513 Nr. 3, 542 Nr. 4.

Mangel der Vollmacht 84, 85.

Manifestationseid s. Offenbarungseid.

Marine s. Militärpersonen.

Marktsachen, Gerichtsstand 30; Ladungsfrist 194; Einlassungsfrist 243, 459.

Materielle Beweiskraft der Urkunden Bem. [2] vor 380 (S. 509 f.).

Mehrheit von Prozeßbevollmächtigten 80; M. von Ansprüchen 232.

Meineid, Restitutionsgrund 534 Nr. 1, 3.

Meineidige, Zeugnis 358 Nr. 2; Eideszuschiebung an M. 410[6].

Mennoniten 446[2].

Meß- und Marktsachen, Gerichtsstand 30; Ladungsfrist 194; Einlassungsfrist in M. u. M. 234, 459.

Mietstreitigkeiten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 1; Zwangsvollstreckung 771[1].

Mietverhältnis, Berechnung des Wertes 8.

Milchkuh, Pfändung 715 Nr. 3.

Militärärzte, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7; 749 Nr. 8.

Militärbehörden 343, 673, 793.

Militärdienst im Kriege als Grund zur Aussetzung des Verfahrens 224.

Militärische Hülfe bei der Zwangsvollstreckung 678.

Militärpersonen, Gerichtsstand 14; Zustellungen an M. 158, 184; Aussetzung des Verfahrens gegen M. 224; Ladung als Zeugen 343; Strafen wegen Ausbleibens 345; wegen Verweigerung des Zeugnisses oder Gutachtens 355, 374; Zwangsvollstreckung 673, 699; Diensteinkommen der mobilen M. ꝛc. unterliegt nicht der Pfändung 749 Nr. 8; Unstatthaftigkeit und Unterbrechung der Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides gegen mobile M. 785 Nr. 2, 786 Nr. 2; Haft gegen M. 793.

Minderjährige, Prozeßunfähigkeit 51 [2b] (S. 72); Eideszuschiebung 435.

Minderjährigkeit ist kein Grund zur Aufhebung der Versäumnisfolgen 210.

Minister, Zeugenvernehmung 341; Ort der Vernehmung 347.

Minor aetas s. Minderjährigkeit.

Missionen, Zustellungen an Mitglieder der M. 183.

Mitglieder der landesherrlichen Familien s. Landesherren.

Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung, gegen sie ist Haft unstatthaft 785 Nr. 1.

Mitglieder einer Korporation, Gerichtsstand 23.

Mitteilung der Urkunden von Anwalt zu Anwalt 126; M. im Vollstreckungsverfahren 683.

Mitteilungen, formlose, Bem. [2] vor 152.

Mitwirkung des Gerichts bei der Zwangsvollstreckung Bem. [2IV] vor 644 (S. 817).

Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder ab-

Digitized by Google

gelehnten Richters als Revisionsgrund 513 Nr. 2, 3; vgl. als Nichtigkeitsgrund 542 Nr. 2, 3.
Mobiler Truppenteil, Zustellung an Angehörige desselben 184; Haft gegen Militärpersonen eines mit T. ist unzulässig 785, 786.
Mobiliarexekution s. Zwangsvollstreckung.
Monatsfristen, Verzeichnis Bem. 41 vor 191 (S. 253), Berechnung 200.
Moratorien, EG. 14.
Mündliche Verhandlung 119 ff.; Uebersicht der Fälle, in denen m. V. obligatorisch ist 119[3 u. 5]; Uebersicht der Fälle, in denen m. V. fakultativ ist 119[6].
Muhamedaner, Eidesleistung 446[3].

Nachholung versäumter Prozeßhandlungen 209, 214; nach vorbereitendem Verfahren 319; in der Berufungsinstanz 493.
Nachlaß, Gerichtsstand 28; Eröffnung des Konkurses über den N. 220; Zwangsvollstreckung in den N. 693, 694, 695, 696[3].
Nachlaßgericht 28, 694.
Nachlaßgläubiger 28.
Nachlaßkurator 220, 693, 694.
Nachlaßvertrag 686[1], 736[3b, 8].
Nachträgliche Beeidigung 358.
Nachträgliche Zeugenbenennung 339.
Nachtzeit, Zustellungen 171[5]; Zwangsvollstreckung 681.
Nachverfahren im Urkundenprozesse 563.
Nachzahlung der Kosten durch die arme Partei 116, 118.
Nahrungsmittel, Pfändung 715 Nr. 2.
Naturereignisse, unabwendbare 211, 302.
Nebenforderungen bleiben bei Berechnung des Streitgegenstandes außer Ansatz 4; Vorbringen von N. ist nicht Klagänderung 240 Nr. 2; N. sind nur auf Antrag zuzuerkennen 279; Ergänzung des Urteils in Bezug auf N. 292; N. gelten nicht als aberkannt, wenn darüber nicht entschieden ist EG. 14 Nr. 5.
Nebenintervention 63; Zeitpunkt 63; Rechte und Pflichten des Nebenintervenienten 64[1 u. 2], 66[2 u. 3]; Wirkung der Entscheidung im Hauptprozesse 66; Beitritt des Nebenintervenienten, Form 67; Verhandlung und Entscheidung über die Zulassung der N. 68; Zuziehung des Nebenintervenienten zum Prozesse 68; N. auf Grund von Streitverkündung 71; Kosten der N. 96; N. des Rechtsnachfolgers 236; Eideszuschiebung an den Nebenintervenienten 414; N. vor dem Amtsgerichte 462; Berechtigung des Nebenintervenienten zur Einlegung von Rechtsmitteln 472[3].
Negative Feststellungsklage 231[4 u. 6].
Negativer Kompetenzkonflikt 36 N. 6.
Negatorische Klage s. actio negatoria.
Negotiorum gestio 31, 85.
Nennung des rechten Besitzers 73.
Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz 491; in der Beschwerdeinstanz 533; Einfluß auf die Kosten 92.
Neue Ansprüche in der Berufungsinstanz 491.
Nichterscheinen s. Ausbleiben.
Nichtigkeitsklage (Wiederaufnahme) 541; Gründe 542; Anfechtung vorausgegangener Entscheidungen 546; Zuständigkeit 547; Verfahren 548; Frist für die Klagerhebung 549; Inhalt der Klageschrift 550, 551; die Zulässigkeit ist von Amtswegen zu prüfen 552; neue Verhandlung 553; Rechtsmittel 554.
Nichtigkeitsklage in Ehesachen 585; Begriff Bem. 1 vor 568, 592; zur Erhebung ist der Staatsanwalt befugt 586; Klagenverbindung, Widerklage 587; als Inzidentklage unzulässig 588; Betreibungsrecht des Staatsanwalts 589; Rechtsmitteleinlegung durch den Staatsanwalt 590; Kosten 591.
Nichtverhandeln wirkt wie Ausbleiben 298.
Nichtwissen, Erklärung mit N. 129[3]; Eid über N. 410[1], 424.
Niederlassung, Gerichtsstand 22.
Niederlegung von Abschriften der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei 124; von Urkunden 125.
Nießbrauch, dessen Pfändung 754.
Nominatio auctoris 73.
Notare, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350; Zwangsvollstreckung gegen N. 715 Nr. 6.
Notariatsurkunden, Beweiskraft 380[1, 2, 3]; N. als Zwangsvollstreckungstitel 702 Nr. 5, 705.
Notbedarf 686[1].
Noteid s. richterlicher Eid.
Notfristen, Begriff und Uebersicht Bem. 4 vor 191 (S. 253), 200; N. werden durch die Gerichtsferien nicht gehemmt 201; können nicht abgekürzt und verlängert werden 202; Wiedereinsetzung gegen N. 211 ff.; Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hemmt die N. 226; Ruhen des Verfahrens ist ohne Einfluß auf die N. 228. Vgl. a. EG. 19.
Notorietät 264, 265.
Notwendige Streitgenossenschaft 59.
Notwendiger Eid s. richterlicher Eid.
Notwendiger Wohnsitz 14, 15.
Nova in der Berufungsinstanz 491; in der Beschwerdeinstanz 533; als Restitutionsgrund 543 Nr. 6, 7.
Nullität s. Nichtigkeit.
Nutzungen als Nebenforderungen 4; wiederkehrende N., Wertsbestimmung 9.
Nutzungsrechte, deren Pfändung 754[1].

Oberstes Landesgericht Bem.[2] vor 507; Einlegung der Revision und Beschwerde EG. 7; Entscheidung über die Zuständigkeit EG. 7; Anwaltsbestellung EG. 8.
Oefen, Pfändung 715 Nr. 1.
Oeffentliche Aufforderung zur Klage befreit von der Pflicht zur Sicherheitsleistung 102 Nr. 4.
Oeffentliche Beamte s. Beamte.

Digitized by Google

effentliche Bekanntmachung des Aufgebots 825, 826; des Ausschlußurteils 833.
effentliche Urkunden s. Urkunden.
effentliche Zustellung 186—189, 304; ö. Z. in Ehesachen 578; keine ö. Z. im Mahnverfahren 628; ö. Z. unterbleibt 730, 761; im Aufgebotsverfahren 825, 833, 842, 848.
effentlichkeit des Verfahrens ist im Protokolle zu konstatieren 145 Nr. 5; Verletzung der Vorschriften über Oe. als Revisionsgrund 513 Nr. 6; Beschränkung der Oe im Entm.-Verfahren Bem. 3 vor 593 (S. 772).
ffenbarungseid zur Vermögensausweisung 711; bei Zwangsvollstreckung auf Wegnahme spezieller Sachen 769; Abnahme 780; Termin 781; Verweigerung, Zwangshaft 782; nachträgliche Leistung 783; Wirkung gegenüber Dritten 784, 795; O. nach bürgerlichem Rechte Bem. 1 vor 780, EG. 16 Nr. 3.
ffenkundigkeit 264.
ffizialbetrieb 1 vor 152.
ffizialverfahren in Ehesachen 577, 581, 582; in Entmündigungssachen 597, 602, 603.
ffiziere, Pfändungsbeschränkungen 715 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8.
rden, Pfändung 715 Nr. 9.
rdentliche Gerichtstage 461.
rdentliche Rechtsmittel im Sinne des Einf.Gesetzes EG. 20.
rdnung, Aufrechthaltung in der Verhandlung 144.
rt der Zustellung 174 Nr. 1.

achtverhältnis, Berechnung des Wertes 8.
ächter, Gerichtsstand 22.
apiere, indossable, Pfändung 732; Amortisation 737 ff.
arsen, Eidesleistung 446[2].
artei, Begriff Bem. 3 vor 50 (S. 69).
arteibetrieb Bem. 1 vor 152.
arteieide 410 ff. (s. a. Eideszuschiebung, richterlicher Eid); in Ehesachen 577; in Entmündigungssachen ausgeschlossen 611, 620, 624, 626.
arteien, Vertretung 74, 75; Widerruf des Geständnisses des Bevollmächtigten durch die P. 81; persönliches Erscheinen der Parteien 132; zum Sühneversuche 228; in Ehesachen 579; Recht zum Wortergreifen 128; Entziehung des Worts 143; Zustellungen an P. 169; Fragerecht bei Zeugenvernehmung 362.
arteifähigkeit Bem 1 vor 50 (S. 66).
arteilichkeit des Richters, Restitutionsgrund 543 Nr. 5.
arteiprozeß 74[1], 75.
atentprozesse, Gerichtsstand 13[4]; Zustellung in P. 159[1].
atentrecht, Ort, wo es sich befindet 24[3]; dessen Pfändung 754[1d].
ension, deren Pfändung 715, 733, 735, 749.
eremption der Instanz 228[5].
eremptorische Natur aller Fristen und Termine Bem. vor 208.
erpetuatio fori 235[3b].
ersönlicher Sicherheitsarrest 798, 812 — s. a. Arrest.
ersönliches Erscheinen der Parteien 132; zum Sühneversuche 268; in Ehesachen 579.
ersona legitima standi in iudicio s. Prozeßfähigkeit.
ersonalarrest 798; Vollzug 812.
ersonenvereine, allgemeiner Gerichtsstand 19; besonderer Gerichtsstand 33; EG. 15 Nr. 2.
ertinenzen von Immobilien 710[3], 757[2], 771[2].
etitorium 232[3].
etitum s. Antrag.
fändung 708; von körperlichen Sachen 712; von Geldforderungen 730; von Wechseln ꝛc. 732; Wirkung 709 — s. a. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen und Zwangsvollstreckung in Forderungen ꝛc.
fändungspfandrecht 709.
fandrecht, dessen Wertsbestimmung 6; Pf. an gepfändeten Sachen 709; an Sicherheiten und hinterlegten Sachen 101[4], 709[4].
flicht zum Zeugnisse 345[1]; zum Gutachten 372[1].
flichtteilsrecht als Gegenstand der Zwangsvollstreckung 754[1].
hilipponen, Eidesleistung 446[2].
ignus in causa iudicati captum 709.
ossessorium 232[2]; p. summarium (summariissimum) 232[3], 819[1].
ost, Zustellungen durch Aufgabe zur P. 161, 164, 175, 221, 730; Zustellungen durch die P. 176—180, 683; Zusendung durch die P. 683.
postboten 178, 380.
posteinzahlung 691 Nr. 5.
postgesetz 715[9], 808[2]; EG. 13[5].
postschein über Posteinzahlung 691 Nr. 5.
postsendungen sind einzuschreiben 161.
präjudizialeinrede 139[1].
präjudizialinzidentklage und -widerklage 253.
präjudizialklagen s. Feststellungsklagen.
präklusion als Versäumnisfolge 208[2].
präparatorisches Verfahren 250, 313 ff.; s. vorbereitendes Verfahren.
präsumtionen s. Vermutungen.
prävasikation als Restitutionsgrund 543[5].
prävention 235, 871.
prinzipalintervention s. Hauptintervention.
privatbeamte, Pfändung 749 Abs. 3.
privaturkunde s. Urkunden.
probatio ad perpetuam rei memoriam s. Sicherung des Beweises.
prokuristen als Prozeßbevollmächtigte 76[5]; Zustellungen an den P. 159.
prorogation 39; s. a. Vereinbarung über die Zuständigkeit.
protestation gegen Veräußerungen 588, 817.

Digitized by Google

Protokoll über die Verhandlung, Inhalt 145; Feststellungen zu Protokoll 146, 147; Verlesung 148; Unterschrift des Vorsitzenden und Gerichtsschreibers 149; Beweis der Förmlichkeiten durch das Protokoll 150, 285; Pr. außerhalb der Sitzung 151; im Verfahren zur Sicherung des Beweis 453; bei Amtsgerichten 470.

Protokoll über Vollstreckungshandlungen 682, 683.

Protokollanlagen 146.

Provinzialverbände, Zwangsvollstreckung EG. 15 Nr. 4.

Provisorien 819.

Provisorische Beschlagnahme einer Forderung 744.

Provocatio ex l. Diffamari 231^{4e} (S. 312); **ex l. Si contendat** 231^{4e} (S. 312).

Prozeßakten 271, 506, 519.

Prozeßbeistand 86.

Prozeßbetrieb bei Streitgenossenschaft 60. S. a. Parteibetrieb.

Prozeßbevollmächtigte s. Bevollmächtigte.

Prozeßfähigkeit 50—55; richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte 50; setzt die Fähigkeit voraus, sich durch Verträge zu verpflichten 51; Pr. der Personen unter väterlicher Gewalt 51; der Ehefrauen 51; der juristischen Personen 50^{2c}; des Gemeinschuldners 50^{2}; der Ausländer 53; Prüfung der Pr. von Amtswegen 54; Pr. als Voraussetzung für die Fähigkeit der Vertretung im Prozesse 82; Verlust der Pr., Unterbrechung des Verfahrens 219; Einrede des Mangels der Pr. 247 Nr. 6.

Prozeßhandlungen vor dem Gerichtsschreiber, kein Anwaltszwang 74; Vollmacht zu einzelnen Pr. 79; Pr. des Bevollmächtigten 81; Versäumung von Pr. 208—210; Form der Pr., deren Rüge 267.

Prozeßhindernde Einreden 247—250; Begriff 247^{2}; verzichtbare, unverzichtbare 247^{11}; gesonderte Verhandlung 248; Urteil darüber 248; Rechtsmittel gegen das Urteil über pr. E. 472^{1c}; pr. E. vor den Amtsgerichten 465; in der Berufungsinstanz 490; Zurückverweisung an die erste Instanz, wenn das angefochtene Urteil nur über pr. E. entschieden hat 500; in der Revisionsinstanz 529; im Urkunden- und Wechselprozeß 557.

Prozeßkosten trägt die unterliegende Partei 87; Entscheidung über die Pr. 87^{4}; Aufhebung (Kompensation, Vergleichung) und Teilung der Pr. 83; bei sofortiger Anerkennung des Anspruchs können die Pr. dem Kläger überbürdet werden 89; der Versäumung oder Verlegung von Terminen oder Fristen 90; P. der erfolgten Angriffs- oder Verteidigungsmittel 91; bei Rechtsmitteln 92; bei Vergleichen 93; Anfechtung der Entscheidung über die P. 94; Haftung mehrerer Streitgenossen für die P. 95; P. bei Nebenintervention, Streitverkündung 96; Haftung der Gerichtsschreiber, Bevollmächtigten ꝛc. für verschuldete P. 97; Erstattung der P. 98; Festsetzungsverfahren 98, 100; Sicherheitsleistung für P. 101—105; Armenrecht 106—118; P. des amtsgerichtlichen Verfahrens bei Verweisung der Sache an das Amtsgericht sind als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Prozeßkosten zu betrachten 467; Sühneversuch 471; im Arrestprozeß 801, 802^{3}. S. a. Kosten.

Prozeßleitung 130—143; vor den Amtsgerichten 464.

Prozeßrechtliche Vorschriften der Reichsgesetze EG. 13; der Landesgesetze EG. 14.

Prozeßsubjekt Bem. $^{1-3}$ vor 50 (S. 66 ff.).

Prozeßvollmacht s. Vollmacht.

Prozeßvoraussetzungen, Begriff 247^{1}; Pr. bei der Feststellungsklage 231^{3d}, ^{4c}; bei der Klage im Urk.- und Wechselprozesse 556, 560^{1}; zum Arrestantrage 800; Prüfung der Pr. im Versäumnisverfahren 295^{1} u. ^{3}, 296^{2}; Pr. der Widerklage 33^{3}, ^{5}.

Prozeßvorschriften, deren Rüge 267, 492, 521.

Prüfung des Gesuchs um Bewilligung des Armenrechts 109.

Purifikationsurteil 427; vorläufige Vollstreckbarkeit 648 Nr. 2.

Qualifiziertes Geständnis 262^{1}.

Qualitäten s. Thatbestand des Urteils.

Quantität vertretbarer Sachen, Forderung im Urkundenprozeß 555, im Mahnverfahren 628; Zwangsvollstreckung eines Urteils auf Leistung einer Q. ꝛc. 769, 770.

Quasikontrakte 29^{4}.

Querela inofficiosi testamenti, Gerichtsstand 28^{2}; Pfändung 754^{1}.

Querela insanabilis nullitatis Bem.^{1} vor 541.

Querela nullitatis in Ehesachen Bem.^{1} vor 568.

Querela protractae vel denegatae iustitiae Bem.^{6} vor 530.

Querela simplex Bem.^{1} vor 530.

Quittierungsbefugnis des Gerichtsvollziehers 675, 677.

Quittung, Beweiskraft EG. 17.

Rabierungen in einer Urkunde 384.

Räumung von Immobilien, Vollstreckung 771.

Reallasten, Gerichtsstand für Klagen wegen R. 26.

Realservituten, Wertbestimmung 7; **Gerichtsstand** für die Klagen 25.

Reassumtion s. Wiederaufnahme.

Rechnungsfehler in Urteilen 290.

Rechnungslegung, Verurteilung zu R. **Zwangsvollstreckung** 774^{1}.

Rechnungssachen, vorbereitendes Verfahren 313 ff., 469.

Rechtlicher Zusammenhang 53^{2c}, 138^{1}, 274.

Digitized by Google

Rechtliches Gehör vor dem Schiedsgericht 860, 867.
Rechtliches Interesse bei Feststellungsklagen 231[3c d, 4b].
Rechtsanwalt s. Anwalt.
Rechtsbesitz, Wertsbestimmung 6[1].
Rechtsgemeinschaft 56.
Rechtshängigkeit, Fortdauer der R. bei Verweisung zur gesonderten Verhandlung 136[5]; Eintritt und prozessualische Wirkungen der R. 235; R. hindert nicht die Veräußerung des Streitgegenstandes 236—238; materiellrechtliche Wirkungen 239; Einrede der R. 247 Nr. 3; R. eines im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs 254; Fortdauer der R. bei Verweisung vom Landgerichte an das Amtsgericht 249; Fortdauer der R. bei Verweisung vom Amtsgerichte an das Landgericht 467; R. bei Klageerhebung am Sühnetermin 471[5]; Fortdauer der R. bei Abstehen vom Urkundenprozeß 559; Fortdauer der R. bezüglich des Nachverfahrens im Urkundenprozeß 563; R. im Mahnverfahren 633, 635, 637, 641; R. der Prozesse bei Einführung der PrO. EG. 18.
Rechtskraft des Urteils 293; formelle R. 645; materielle R. 293[2]; Wirkungen 293[5]; Rechtskraft der Entscheidungsgründe 293[2 u. 3]; R. der Urteile als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit 644; Eintritt der R. 645; Zeugnisse über die R. 646; R. des ausländischen Urteils 661[3 u. 5]; R. des Schiedsspruchs 866; R. im Sinne des Einf.Ges. EG. 19.
Vgl. auch exceptio rei iudicatae.
Rechtsmittel, Begriff S. 576; R. ordentliche außerordentliche im Sinne des Einf.Ges. EG. 19, 20; Kosten für erfolglose R. 92; R. bezüglich des Kostenpunkts 94; wegen Bewilligung, Entziehung des Armenrechts 118; Zustellung des Schriftsatzes, worin ein R. eingelegt wird 164; R. gegen das Urteil über prozeßhindernde Einreden 248, 472[1c]; R. in dem Verfahren über Nichtigkeits- oder Restitutionsklagen 554; R. des Staatsanwalts in Ehesachen 589, 590; R. gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil 657; R. im schiedsrichterlichen Verfahren 860[1]; R. gegen Endurteile, die vor der Geltung der PrO. Rechtskraft erlangten EG. 20.
S. a. Berufung, Revision, Beschwerde.
Rechtsnachfolger, Ladung des R. beim Tode einer Partei 217; Wirkung der Entscheidung für R. 236—238; Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen für und gegen den R. 665, 671; Zwangsvollstreckung für und gegen den R. 655, 671, 703; Vollziehung von Arresten gegen den R. 809.
Rechtsnorm, Beweis der R. 265; Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung als Revisionsgrund 512.
Rechtsvermutung s. Vermutung.
Rechtsvorgänger, Zeugnispflicht 350 Nr. 4; Eid über Handlungen der R. 410[1b].
Rechtsweg, Einrede der Unzulässigkeit des R. 247 Nr. 2; Ausschließung des R. EG. 4, 5.
Rechtswohlthat des Notbedarfs in der Zwangsvollstreckung 686[1]; des Inventars 686[1], 695, 696.
Receptum arbitrii Bem.[3] vor 851.
Reconventio s. Widerklage.
Referatserstattung 124[4].
Reformatio in peius ausgeschlossen in der Berufungsinstanz 498[4]; dgl. in der Revisionsinstanz 522[1].
Regreßpflicht als Grund zur Ausschließung einer Gerichtsperson 41 Nr. 1; als Grund zur Zeugnisverweigerung 349, 350, vgl. 358.
Regreßrecht als Veranlassung zur Streitverkündung 69.
Reichsanzeiger 187, 825, 833, 842, 848.
Reichsbank, Gerichtsstand 19[1], 22[3].
Reichsbankanteilscheine, Amortisation 837[2].
Reichsbehörden, oberste, Ort der Vernehmung der Vorstände 347.
Reichsfiskus, Gerichtsstand 20.
Reichsgericht als Revisionsgericht Bem.[2] vor 507; Zuständigkeit des R. im Verhältnis zu einem oberst. Landesgericht EG. 7; Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das R. EG. 9.
Reichsgesetz, dessen Verletzung als Revisionsgrund 511; Verhältnis der R. z. CPrO. EG. 13.
Reichskanzler, Vernehmung als Zeuge 341; Ort der Vernehmung 347.
Reichskasse, Kosten der Revision 92.
Reichskonsuln, Beweisaufnahme durch R. 328; Legalisation von Urkunden durch R. 403; Zwangsvollstreckung durch R. 700.
Reichspostgesetz 715[9], 808[2]; EG. 13[1] und 13 Nr. 4.
Reichsschuldbuch 722[1], 730[3a], 737[3], 810[1a], 817[3].
Reinigungseid 437[1].
Reisekosten des Anwalts 87; der Zeugen 366; der Sachverständigen 378.
Reisende, Streitigkeiten der R. mit Wirten, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 3; Provisorien 819[1].
Rekognition von Urkunden 404.
Rekonvention s. Widerklage.
Rekusation s. Ablehnung.
Relation des Eides s. Eideszurückschiebung.
Religionsbekenntnis 390.
Remedium ex l. ult. Cod. de ed. D. Hadr. toll. 28[3], 232[3].
Repliken, deren Zulässigkeit bis zum Schluß der Verhandlung 251.
Replikschrift 245.
Requisition zum Zwecke der Zustellung 185, 190; zum Zwecke der Zwangsvollstreckung 698—700, 793.
S. a. beauftragter und ersuchter Richter.
Res litigiosa, Veräußerung 236—238.
Restitutio ex c. minoris aetatis findet nicht

Digitized by Google

ſtatt 210, 543[8]; r. restitutionis non datur 212[1]; r. propter noviter reperta 543[3].

Reſtitution gegen Friſtverſäumniſſe ſ. Wiedereinſetzung.

Reſtitutionsklage. Fälle der R. 543, Begründung der R. im Falle ſtrafbarer Handlungen von Parteien, Zeugen, Sachverſtändigen, Richter 544; Eideszuſchiebung ausgeſchloſſen 544; Vorausſetzungen 545; Zuſtändigkeit 547; Erhebung, Verfahren 548; Friſt 549; Inhalt der R. 550, 551; Prüfung der Zuläſſigkeit 552; Verhandlung zur Hauptſache 553; Rechtsmittel 554; R. im Mahnverfahren 639; R. gegen den Schiedsſpruch 870; R. gegen die vor Geltung der PrO. rechtskräftig gewordenen Endurteile EG. 20.

Retentionsrecht ſ. Zurückbehaltungsrecht.

Retorſion in Bezug auf die Vollſtreckung ausländiſcher Urteile 961 Nr. 5.

Reviſion 505 ff.; Charakter des Rechtsmittels Bem.[1] vor 507; Reviſionsgericht Bem.[2] vor 507; Zuläſſigkeit der R. 507; Reviſionsſumme 508; R. ohne Rückſicht auf den Wert des Beſchwerdegegenſtandes 509; Beurteilung der vorausgegangenen Entſcheidungen 510; R. kann nur auf Verletzung eines Reichsgeſetzes oder eines Geſetzes geſtützt werden, deſſen Geltungsbereich ſich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserſtreckt 511; Begriff der Geſetzesverletzung 512; abſolute Reviſionsgründe 513; Reviſionsfriſt 514; Reviſionsſchrift 515, 516; Reviſionsanträge 516, 522; Einlaſſungsfriſt 517; Anſchließung 518; Beantwortung 519; Verfahren 520; Verſäumnisverfahren 520[3]; Verluſt des Rügerechts 521; Begrenzung der R. durch die Parteianträge 522; Vollſtreckbarkeitserklärung 523; Reviſionsgericht iſt gebunden an die feſtgeſtellten Thatſachen 524; vgl. an die Entſcheidung des Berufungsgerichts über das Beſtehen und den Inhalt nicht reviſibler Geſetze 525; Rechtsverletzung nur in den Entſcheidungsgründen 526; Devolutiveffekt 527, 528; Aufhebung des angefochtenen Urteils 527, 528; Zurückverweiſung an das Berufungsgericht 528; für das Berufungsgericht iſt die rechtliche Beurteilung des Reviſionsgerichts maßgebend 528; Fälle, in denen das Reviſionsgericht ſelbſt entſcheidet 528; entſprechende Anwendung der Vorſchriften für das Berufungsverfahren über Anfechtbarkeit eines Verſäumnisurteils, Verzicht, Zurücknahme der R., über Vertagung, über prozeßhindernde Einreden, über Prüfung der Zuläſſigkeit der Reviſion, Parteivorträge und Prozeßakten 529; Einlegung der R. in Bundesſtaaten mit einem oberſten Landesgericht EG. 7; Koſten der R. 92.

Reviſionsanträge 516, 522.

Reviſionsbeantwortung 519.

Reviſionsfriſt 514.

Reviſionsgericht Bem.[2] vor 507; Zuſtändigkeit für Nichtigkeits- und Reſtitutionsklagen 547, 553.

Reviſionsgründe 512, 513.

Reviſionsſchrift 515, 516; Einreichung bei dem oberſten Landesgerichte EG. 7, 8.

Reviſionsſumme 508.

Rheder 31[4], 665[4].

Richter, Ausſchließung und Ablehnung 41—49. S. Ausſchließung, Ablehnung. Vgl. a. beauftragter und erſuchter Richter.

Richterliche Friſten Bem.[41] vor 191 (S. 254).

Richterlicher Eid 260, 437—439; r. E. im Beſchwerdeverfahren 536[1]; r. E. in Eheſachen 577[4]; in Entmündigungsſachen 611[2].

Rückkehrbefehl in Eheſachen EG. 16 Nr. 6.

Rückſtändige Leiſtungen aus Reallaſten 26.

Rüge des Mangels der Vollmacht 84, 247[2]; R. der Verletzung von Prozeßvorſchriften 267.

Rügerecht, deſſen Verluſt 267; der Verluſt des R. wirkt für die Berufungs- und Reviſionsinſtanz 492, 521.

Ruhen des Verfahrens 228.

Ruhende Erbſchaft, Zwangsvollſtreckung gegen die r. E. 693, 694.

Sachen, bewegliche — unbewegliche Zwangsvollſtreckung in ſolche ſ. Zwangsvollſtreckung; Herausgabe von S. 769—771.

Sachleitung 131.

Sachliche Zuſtändigkeit der Gerichte Bem. vor 1.

Sachverhalt ſ. Thatbeſtand.

Sachverſtändige, Zuziehung von S. zur Ermittelung des Werts des Streitgegenſtandes 3; der Richter, der als S. vernommen iſt, iſt ausgeſchloſſen 41; Koſten bei Ermittelung durch S. 88; Ausſagen der S. ſind zu protokollieren 146 Nr. 3, 147; Schätzung des Schadens ꝛc. durch S. 260; S. ſind im Beweisbeſchluſſe zu benennen 324; Zuziehung von S. zum Augenſchein 337; Beweis durch S. 367—378; Beweisantretung 368; Wahl der S. 369; Einigung der Parteien über die S. 369; Ernennung der S. durch den beauftragten oder erſuchten Richter 370; Ablehnung von S. 371, 377; Pflicht des S. zum Gutachten 372; Gründe der Weigerung 373; öffentliche Beamte als S. 373; Strafen wegen Nichterſcheinens oder Verweigerung des Gutachtens 374, 597; Eid 375; ſchriftliches Gutachten 376; Anordnung neuer Begutachtung 377; Gebühren 378; S. bei Schriftvergleichung 407; Vernehmung von S. zur Sicherung des Beweiſes 447; Beſchwerden der S. 532; S. in Eheſachen 577; S. im Entmündigungsverfahren 597, 599, 612, 620; Vernehmung der S. im ſchiedsrichterlichen Verfahren 861, 862.

Sachverſtändige Zeugen 379.

Schaden, Feſtſtellung des Sch. nach freiem Ermeſſen 260; als Grund zur Zeugnisweigerung 349 Nr. 1, 350 vgl. 358.

Schadloshaltungsanſpruch, Streitverkündung 69.

Schäden als Nebenforderungen 4.

Digitized by Google

Schätzleute Bem.[1a] vor 851.
Schätzungseid 260.
Schafe, Pfändung 715 Nr. 3.
Scheidungsklage, Begriff Bem.[1] vor 568; 568 u. 592.
Schiedseid s. Eideszuschiebung.
Schiedsmänner Bem.[1a] vor 851.
Schiedsrichter, schiedsrichterliches Verfahren 851—872; Schiedsvertrag 851, 862; Widerklage 860[5]; dessen Form 853; Ernennung des Schiedsrichters und Mitteilung an den Gegner 854—856; Tod oder sonstiger Wegfall des Schiedsrichters, Ernennung durch das Gericht 857; Ablehnung des Schiedsrichters 858; Außerkrafttreten des Schiedsvertrags 859; Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen 861; Parteieid 861; Vornahme der erforderlichen Akte durch das Gericht 862; Bestreitung der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens 863; absolute Stimmenmehrheit 864; Unterzeichnung, Ausfertigung, Niederlegung des Schiedsspruchs 865; Wirkung des Schiedsspruchs 866; Gründe der Aufhebung d. Schiedsspruchs 867; Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch 868; Aufhebung des Schiedsspruchs nach Erlaß des Vollstreckungsurteils 869; Klage, Notfrist 870; Aufhebung des Schiedsspruchs und des Vollstreckungsurteils 870; Zuständigkeit 871; Schiedsgerichte, die durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden 872.
Schiedsspruch s. Schiedsrichter.
Schiedsvertrag s. Schiedsrichter.
Schiffe, Herausgabe von Sch., Zwangsvollstreckung 771.
Schiffer, Streitigkeiten von Sch. mit Reisenden, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 949 Nr. 3.
Schiffsmannschaft, Haftvollstreckung 785 Nr. 3.
Schiffsmühlen 771[2].
Schluß der Verhandlung 127.
Schlußverhandlung nach vorbereitendem Verfahren 317.
Schreiber, Zustellungen 168.
Schreibfehler in Urteilen 290.
Schriftliches Gutachten 376.
Schriftsätze, vorbereitende s. vorbereitende Schriftsätze.
Schriftlichkeit der Anträge 269; des Schiedsvertrags 853[1].
Schriftvergleichung 406, 407.
Schüler, Gerichtsstand 21.
Schuldbücher, Pfändung 715 Nr. 10.
Schuldhaft 798[1].
Schuldner, Begriff im Zwangsvollstreckungsverfahren Bem.[3] vor 644 (S. 818).
Schuldschein, Beweiskraft EG. 17.
Schuldtitel, vollstreckbare 702, 706, 744.
Schutzgebiete, deutsche Bem.[2] vor 152, 182[1], 186[2], 342[5e], 403[1], Bem.[3] vor 472, 472[1a], Bem.[2] vor 530, 568[2], 573[1], 594[2], 660[1], 674[3], 700[2], 797[2].
Schwägerschaft als Ablehnungsgrund 41 Nr. 3; als Grund zur Verweigerung des Zeugnisses 348, 350; als Grund zur unbeeidigten Vernehmung 358.
Schwurpflichtiger, Tod, Unfähigwerden 433; Schw. von mehreren Streitgenossen 434.
Schwurtermin s. Eidestermin.
Seelsorger, Zeugnisverweigerung 348, 350[5].
Senatoren der Hansestädte, Vernehmung als Zeugen über amtliche Dinge 341; Ort der Vernehmung 347.
Separatio temporaria Bem.[1] vor 568, 580[1].
Separation der Kosten 90—92.
Separation du corps Bem.[1] vor 568.
Separationsrecht im Konkurse 709[2], [4], 810[1b].
Sequester 747, 752, 754, 817[1], [2].
Servis 749[12].
Servituten, deren Wertsbestimmung 7.
Servitutenklagen, Gerichtsstand 25.
Sicherheitsarrest, persönlicher 798, 812; EG. 13 Nr. 1.
Sicherheitsleistung, Uebersicht der Fälle 101[1]; S. für Kosten und Schäden durch den Geschäftsführer 85; Bestellung prozessualischer Sicherheit 101; Ausländer sind zur S. für Kosten verpflichtet 102, 103; Höhe der Sicherheit 104; Erhöhung 104; Frist 105; Wirkung der Nichtbestellung 105; S. in der Zwangsvollstreckung 647, 650, 652, 657, 668, 688, 690, 716, 775; bei Arrest und einstweiligen Verfügungen 801, 803, 805, 807, 815, 818.
Sicherstellung, deren Wertsbestimmung 6.
Sicherung des Beweises 447 ff.; Voraussetzungen 447; Gesuch, Zuständigkeit 448; Inhalt des Gesuchs 449; Zustimmung des Gegners 450; Entscheidung über das Gesuch 451; Ladung des Gegners zur Beweisaufnahme 452; Beweisaufnahme, Protokollierung 453; Benutzbarkeit der Beweisaufnahme 454; Beweisaufnahme ohne Gegner, Vertreter 455.
Siegelanlegung bei Pfändung 712.
Silbersachen, Versteigerung 716, 721.
Sistierung des Verfahrens s. Aussetzung.
Sitzungspolizei 131[2].
Sitzungsprotokoll s. Protokoll.
Sofortige Beschwerde s. Beschwerde.
Sold der Soldaten ꝛc. kann nicht gepfändet werden 749 Nr. 5.
Soldaten s. Militärpersonen.
Sonntage und allgemeine Feiertage, Zustellungen 171; Termine 193; Fristberechnung 200; Zwangsvollstreckung 681.
Spatium deliberandi 217[2], 694[1].
Spediteur, dessen Pfandrecht am Speditionsgut 710[2] (S. 906).
Spezialvollmachten 79.
Staatsanwaltschaft, Mitwirkung in Ehesachen 569, 586, 589—591; in Entmündigungssachen 595, 597, 602, 604, 607, 614, 618, 619, 620, 621, 624, 626.
Staatskasse, trägt die Kosten bei gewissen Revisionen 92; Haftung der St. für die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen 366;

Digitized by Google

Haftung für Kosten bei Nichtigkeitsklage in Ehesachen 591; in Entmündigungssachen 601, 614, 628.
Staatsverträge über Armenrecht 106[2]; über Zustellungen 182[2]; über Vollstreckung von Urteilen 660[3], 661[7]; über Arrestanlegung 797[2].
Stabung des Eides 444.
Stammbäume 133.
Standesherren 440[2].
Standesregister, Beweiskraft 383[2].
Statusklagen, Gerichtsstand 21[2].
Statutarische Bestimmung über Schiedsverträge 851[1], 872.
Statutarrecht, Beweis 265.
Statutenmäßiger Gerichtsstand 19.
Stempelsteuer, Befreiung davon im Armenrechte 107 Nr. 1.
Sterbegehalt, Pfändung 749 Nr. 8.
Sterbekassen, Pfändung von Hebungen aus St. 749 Nr. 4.
Stiftungen, deren allgemeiner Gerichtsstand 19.
Stiftungsbezüge, Pfändung 749 Nr. 3.
Stimmengleichheit unter den Schiedsrichtern 859, 864.
Stimmenmehrheit zum Schiedsspruch erforderlich 864.
Stipendien, Pfändung 749 Nr. 7.
Strafandrohung bei Zeugenladungen ꝛc. 342, 367; bei Vollstreckung von Urteilen auf Unterlassungen 775.
Strafbare Handlungen, Eideszuschiebung 410[4]; der Parteien, Vertreter, Richter als Restitutionsgrund 543 Nr. 4, 5, 544.
Strafgerichtliche Entscheidungen als Zwangsvollstreckungstitel 702[5].
Strafgerichtliches Urteil, dessen Abänderung begründet Restitution 543 Nr. 6; als Voraussetzung der Restitutionsklage 544, 834; bindet nicht den Civilrichter EG. 14 Nr. 1.
Strafgerichtliche Verfolgung, Besorgnis derselben als Grund zur Zeugnisverweigerung 349 Nr. 2; dgl. zur nichteidlichen Vernehmung 358.
Strafurteil s. strafgerichtliches Urteil.
Strafverfahren, Aussetzung des Civilverfahrens bis zu dessen Erledigung 140.
Strandämter, öffentliche Aufforderungen der Str. Bem. [1] vor 823.
Streitgegenstand, Wert 2—9; Beweisaufnahme 3; bei der Berechnung bleiben Früchte, Nutzungen, Zinsen ꝛc. außer Ansatz 4; Zusammenrechnung mehrerer Ansprüche 5; Berechnung des Besitzes 6; dgl. einer Sicherstellung 6; dgl. eines Pfandrechts 6; dgl. einer Grunddienstbarkeit 7; dgl. eines Pacht- oder Mietverhältnisses 8; dgl. bei wiederkehrenden Leistungen 9; Angabe des St. in der Klageschrift 230; einstweilige Verfügungen in Bezug auf den St. 814.
Streitgenossenschaft, Bestimmung des Beständigen Gerichts 36 Nr. 3; Begriff Bem. [1], [2] vor 56; Fälle der St. 56, 57; Voraussetzungen 56, 57[1], [2]; Wirkungen 58; Verhältnis der Streitgenossen 58, 59; notwendige St. 59; Wirkung der Handlungen des einzelnen Streitgenossen 58; Versäumnisse einzelner Streitgenossen bei sog. notwendiger St. 59; Prozeßbetrieb 60; Kostenverteilung 95, 96; können nicht Zeugen sein Bem. [1] vor 373 (S. 466); Editionseid 391; Eideszuschiebung ꝛc. 434; Wirkung der Eidesleistung oder -verweigerung 434; richterlicher Eid 437; Berechtigung einzelner Streitgenossen zu Rechtsmitteln 472[2a]; St. im Entmündigungsverfahren 607; St. zwischen Gläubiger und Schuldner bei Widerspruchsklage Dritter 690; St. zwischen mehreren Gläubigern, für die ein Anspruch gepfändet ist 753.
Streitverkündung 68—71; Zulässigkeit 69; Verpflichtung dazu 69[2]; St. erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes 70; Beitritt zufolge von St. 71, 72; St. bei Benennung des rechten Besitzers 73; Kosten 96[4]; St. vor den Amtsgerichten 462; St. an den Schuldner bei Klage gegen den Drittschuldner 740.
Stroh, Pfändung 715 Nr. 3.
Studienstipendien, Pfändung 749 Nr. 7.
Studierende, Gerichtsstand 21.
Stumme, Eidesleistung 445; Ablehnung als Schiedsrichter 858.
Stunde des Termins 193[1].
Stundung, Einrede der St. im Zwangsvollstreckungsverfahren 686[1].
Subhastation s. Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.
Subsidiäre Natur des Beweises durch Eid 418, 419.
Substitutionsbefugnis des Bevollmächtigten 77; des Gerichtsvollziehers 675[1].
Sühneversuch 268; vor dem Amtsgerichte 471; in Ehesachen 570—574.
Summarische Kognition Bem. [1] vor 555; vgl. a. 266[4].
Suspensiveffekt der Berufung, der Revision und des Einspruchs 644—646; der Beschwerde 535.
Symbolische Tradition 710[2].

Tag der Verhandlung 145.
Tagfahrt s. Termin.
Taube Personen, Beeidigung 445; Ablehnung von t. P. als Schiedsrichter 858.
Taxierung s. Abschätzung.
Teilungsklagen, Gerichtsstand 25.
Teilungsplan 760—763.
Teilurteil 273, 274; Begriff 273[2]; Verhältnis zum Zwischenurteil 273[2]; T. nach vorbereitendem Verfahren 318; bedingtes T. 273[2], 425[2]; Berufung gegen T. 472[2a]; Revision gegen T. 507; Berechnung der Revisionssumme bei Revision gegen T. 508[3c].
Telegramm, Zustellung durch T. 152[2].
Tenor s. Urteilsformel.
Termine, Versäumung durch einen Streitgenossen 59; Kosten bei Versäumung und Verlegung eines T. 90; Bestimmung der T. Bem.[2] vor 191; Ladung zum T. 191—193; La-

Digitized by Google

dungsfrist 194; zu Terminen, die in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist Ladung nicht nötig 195; T. sind an der Gerichtsstelle abzuhalten 196; T. beginnen mit Aufruf der Sache 197; wann T. versäumt sind 197; Aufhebung von T. durch Vereinbarung 205; Verlegung, Vertagung von T. 205; Verlegung, Vertagung von Amtswegen 206; T. zur Fortsetzung der Verhandlung 206; T. vor einem beauftragten oder ersuchten Richter 207; peremptorische Natur der Termine Bem. vor 208; T. zur Urteilsverkündung 281; T. im vorbereitenden Verfahren 314, 316, 317; T. zur Beweisaufnahme 326, 332, 333, 335, 342, 346, 351; T. zur Verhandlung über das Beweisergebnis 335; T. zur Eidesleistung 430, 440, 441[3], 578; T. im Verteilungsverfahren 761; T. zur Leistung des Offenbarungseides 780—782.

Terminsbestimmung 124, Bem. [2] vor 191, 193, 233, 314, 326, 331, 333, 335.

Terminsstunde 193[1].

Terminsversäumung 197, 295, 296.

Thatbestand des Urteils 284 Nr. 4; Beweis durch den Th. 285; Berichtigung des Th. 291; Th. des Urteils in der Berufungsinstanz 505.

Thatbestandsberichtigung 291.

Thatsachen, Eideszuschiebung 410.

Thema probandum 324.

Titel zur Zwangsvollstreckung 644, 702, 706.

Tod der Partei, ohne Einfluß auf die Vollmacht 82; Erlöschen des Armenrechts 113; Unterbrechung des Verfahrens 217, 220, 223; Tod des Schwurpflichtigen 433; Einfluß auf die Zwangsvollstreckung 693—696.

Tod des Anwalts im Anwaltsprozesse unterbricht das Verfahren 221.

Tod des gesetzlichen Vertreters unterbricht das Verfahren 219.

Tod des Schwurpflichtigen 433.

Tod des Schiedsrichters 857, 859 Nr. 1.

Todeserklärung Bem. [1] u. [2] vor 823.

Tradition, symbolische 710[2].

Trennung der Verhandlung 136; Wiederaufhebung der Tr. 141.

Trennung von Tisch und Bett s. Ehescheidungsklage.

Truppenteil 15, 184.

Ueberfahrtsgelder, Streitigkeiten über Ue. 649 Nr. 3.

Uebergabe von Ausfertigungen oder Abschriften bei Zustellungen 155, 156, 172, 177, 178.

Uebergangsbestimmungen EG. 18—23.

Uebergehen von Ansprüchen im Urteile 292. S. a. Ergänzung des Urteils.

Ueberlassung unbeweglicher Sachen 771.

Ueberlegungsfrist s. Deliberationsfrist.

Ueberleitung anhängiger Prozesse in das neue Verfahren EG. 18.

Uebernahme des Prozesses 72, 73.

Ueberschwemmungen 224[1].

Uebersetzung von Urkunden 133.

Uebertragung der Beweisaufnahme an einen beauftragten oder ersuchten Richter 320, 326, 330, 331, 337, 340, 347, 370, 399, 441.

Ueberweisung von Forderungen zu Einziehung — an Zahlungsstatt 736—738, 748, 750, 753; Streitverkündung 740; Verzicht auf Ue. 742; Ue. findet nicht statt bei Arrest auf Forderungen 810[1]; Ue. des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache 772.

Ueberzeugungseid 424.

Umschreibung von Wertpapieren 723.

Umstellung der Klage 240 Nr. 3.

Umwandlung von Geldstrafen in Haftstrafen 345, 355, 374[1], 774[2], 775[3].

Unbeeidigt zu vernehmende Zeugen 358.

Unbewegliche Sachen, Zwangsvollstreckung auf Herausgabe 771.

Unbewegliches Vermögen s. Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen.

Unechtheit von Urkunden, Feststellung 231.

Uneheliche Kinder, Gerichtsstand 17.

Unehre 349 Nr. 2, 358.

Unerlaubte Handlungen, Gerichtsstand 32.

Unfähigkeit des Richters 41; U. zum mündlichen Vortrage 143; U. zum Zeugnisse [1] vor 338, 358[1]; U. zum Schiedsrichteramte 858.

Ungehorsam der Zeugen s. Ausbleiben der Zeugen und Verweigerung des Zeugnisses; der Sachverständigen 374.

Ungehorsam gegen die Anordnungen des Vorsitzenden 127.

Ungehorsamsfolgen s. Versäumnisfolgen.

Ungehorsamsverfahrens s. Versäumnisverfahren.

Ungültigkeitsklage in Ehesachen Bem.[1] vor 568, 592.

Universalsuccessor s. Rechtsnachfolger und Erbe.

Unparteilichkeit des Richters, Mißtrauen dagegen 42.

Unpfändbare Mobilien 715; Forderungen 749.

Unteilbarkeit des Geständnisses 262[1].

Unterbrechung der Verjährung s. Verjährung.

Unterbrechung des Verfahrens 217—227; durch den Tod einer Partei 217, 220, 223; bei Konkurseröffnung 218; bei Verlust der Prozeßfähigkeit oder Wegfall des gesetzlichen Vertreters 219, 223; bei Wegfall des Anwalts 221; bei Krieg 222; Vorhandensein eines Bevollmächtigten 223; Wirkung der U. 226; U. nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung hindert nicht die Verkündung der Entscheidung 226; Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens 217, 219, 223, 227, 462; U. des Mahnverfahrens 633[3], 639[3], [4].

Unterlassungen, Zwangsvollstreckung in Bezug auf U. 775.

Unteroffiziere, Zustellungen 158; Sold kann nicht gepfändet werden 749 Nr. 5. S. a. Militärpersonen.

Untersagung des mündlichen Vortrags 143.

Digitized by Google

Unterschrift der vorbereitenden Schriftsätze 126 Nr. 1; U. des Sitzungsprotokolls 149; U. der Zustellungsurkunde 174; der Klageschrift 230[3 VI]; des Urteils 286, 288; der Ausfertigung 288; U. der Privaturkunden 381; U. des Pfändungsprotokolls 682; des Schiedsspruchs 865.

Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung 702 Nr. 5.

Unvertretbare Handlungen 774.

Unzulässigkeit des Rechtswegs 247 Nr. 1; als Revisionsgrund 509 Nr. 1, 513 Nr. 4, 528 Nr. 2; U. der Berufung ist von Amtswegen zu beachten 497; dgl. der Revision 529; dgl. der Beschwerde 537; dgl. der Restitutions- und Nichtigkeitsklage 552; U. des Aufgebotsverfahrens als Grund zur Anfechtung des Ausschlußurteils 834 Nr. 1; U. des Schiedsverfahrens als Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs 867 Nr. 1.

Unzuständigkeit, die Entscheidung über sachliche U. ist bindend 11; Einrede der U. 39, 247, 248, 465; U. des Landgerichts, Verweisung an das Amtsgericht 249; U. des Amtsgerichts, Verweisung an das Landgericht 467; U. als Revisionsgrund 509 Nr. 1, 513 Nr. 4, 528 Nr. 2.

Urheberrechte, deren Pfändung 754[1].

Urkunden, Beifügung zu den Schriftsätzen 122; Auszug 122; Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei 125; Mitteilung von Anwalt zu Anwalt 126; Anordnung der Vorlegung von Amtswegen 133; Uebersetzung von U. 133; Feststellungsklagen in Bezug auf U. 231; unrichtige Auslegung von U. als Revisionsgrund 511[4]; Fälschung von U. als Restitutionsgrund 543 Nr. 2, 544; Restitutionsklage wegen neu aufgefundener U. 543 Nr. 7; Zwangsvollstreckung aus gerichtlichen oder notariellen U. 702, 705, EG. 22; Aufgebot von U. 837 ff. (s. **Aufgebotsverfahren**).

Urkundenbeweis, Begriff von Urkunde überhaupt Bem.[1] vor 380 (S. 508); formale u. materielle Beweiskraft Bem.[2] vor 380 (S. 509 f.); öffentliche Urkunde: Begriff 380[1]; Beweiskraft [2] vor 380; 380, 382, 383; Privaturkunde: Begriff 381[1]; Beweiskraft 381; ö. U. über eine vor der Behörde von einer Urkundsperson abgegebene Erklärung 380; Beweis der unrichtigen Beurkundung 380, 380[2]; ö. U., die eine amtliche Anordnung enthält 382; ö. U. anderen Inhalts 383; Gegenbeweis gegen ö. U. 380[2], 382[2], 383[2]; Gegenbeweis gegen Priv.U. 381[6]; Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen 384; Beweisantretungen 384, 386, 393, 397; Editionsantrag 386, 389; Editionspflicht des Gegners 387, 388; Inhalt des Editionsantrags 389; Verfahren 390—392; Editionseid 391; Folgen der Eidesverweigerung 392; Editionspflicht eines Dritten 394; Verfahren 393, 395—397; Frist zur Vorlegung 396; Verfahren, wenn sich die Urkunde in den Händen einer öffentlichen Behörde befindet 397; verspätete Beweisantretung 398; Vorlegung einer Urkunde vor einem beauftragten oder ersuchten Richter 399; Vorlegung einer öffentlichen Urkunde 400; einer Privaturkunde 400[2]; Vorlegung von Auszügen 400[3]; Verzicht auf U. 401; Vermutung der Echtheit der ö. U. 402, 403; bei ausländischen Urkunden 403; Erklärung über die Echtheit von Priv.U. 404, 468, 498; U. in Ehesachen 577; in Entmündigungssachen 611; Diffessionseid 404[2]; Beweis der Echtheit von Priv.U. 405; Schriftvergleichung 406, 407; Sachverständige 407; Hinterlegung von Urkunden, deren Echtheit bestritten ist 408; Beseitigung, Untauglichmachung einer U. 409; Beweiskraft der Urkunden ist unabhängig vom Ablaufe einer Frist EG. 17.

Urkundenfälschung als Restitutionsgrund 543 Nr. 2.

Urkundenprozeß, Befreiung von Kautionspflicht 102 Nr. 2; Zulässigkeit 555; Erfordernisse der Klage 556; prozeßhindernde Einreden 557; Widerklage unstatthaft 558; Beschränkung der Beweismittel 558; Beweisantretung 558; Beweisbeschluß auf Eidesleistung 558; Abstehen vom U. 559; Abweisung des Klägers im U. 560; Zurückweisung von Einwendungen aus dem U. 561; Vorbehalt der Rechte der Beklagten, Ergänzung des Urteils, Nachverfahren 562, 563; Aufhebung des Urteils im Nachverfahren 563; Kosten 563; Vorbehalt der Verteidigungsmittel findet im U. nicht statt 564; vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile im U. 648 Nr. 4.

Urkundsperson 380, 383.

Urschrift der Urkunden 400[1], [2].

Urteil 272 ff.; Endurteil 272—274; Teilurteil 273, 274; Zwischenurteil über selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel 275; über den Grund des Anspruchs 276; U. auf Grund Verzichts 277; U. auf Grund Anerkenntnisses 278; Begrenzung durch die Parteianträge 279; Kosten 87[4], 279; Urteilsfällung 280; Verkündung 281—283; Aussetzung 281; Verlesung 282; Wirksamkeit der Verkündung 283; Inhalt 284; Thatbestand 284 Nr. 3; Beweiskraft des Thatbestands 285; Entscheidungsgründe 284 Nr. 4; Urteilsformel (Tenor) 284 Nr. 5; Abfassung 286; Verzeichnis 287; Zustellung 288; Ausfertigung, Auszug, Abschriften 288; bindende Kraft 289; Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern 2c. 290; Berichtigung des Thatbestandes 291; Ergänzung des Urteils 292; Rechtskraft 293; Umfang der Rechtskraft 293[3]; Wirkungen der Rechtskraft 293[5].

Urteilsformel 284 Nr. 5.

Urteilsfristen, die Vorschriften über U. treten außer Kraft EG. 14 Nr. 4.

Urteilstenor s. **Urteilsformel**.

Urteilsverkündung s. **Verkündung**.

Urteilsverzeichnis 287.

Usufruktus, dessen Pfändung 754[1].

Digitized by Google

Väterliche Gewalt schließt nicht die Prozeßfähigkeit aus 51; Entmündigung von Personen unter v. G. 595.
Veräußerung des Streitgegenstandes 236 bis 238; Einfluß auf die Zwangsvollstreckung 665.
Veräußerungsverbot 817[1].
Verbindung mehrerer Prozesse 138; V. mehrerer Ansprüche in einer Klage 232, (Teilurteil) 272; V. mehrerer Klagen in Ehesachen 575; mit Nichtigkeitsklagen 587; V. mehrerer Aufgebote 836.
Verbot der Zahlung an den Schuldner 730.
Verbrechen, Gerichtsstand 32.
Vereinbarung über die Zuständigkeit 38—40; ausdrückliche 38, sog. stillschweigende 38, 39; deren Unzulässigkeit 40; V. über Fristverlängerung 202; über Terminsverlegung 205; V. daß das Verfahren ruhen soll 228; V. über den Eid 415; über Versteigerungsbedingungen 718[2], 726[2]; V. eines Schiedsgerichts 851; V. über das Verfahren vor den Schiedsgerichten 860[2], 867[2].
Vereine, Gerichtsstand 19, 23; EG. 15 Nr. 3; Zustellungen an V. 169.
Vererblichkeit der Ansprüche nach dem Prozeßbeginne 239[2].
Verfügungen des Vorsitzenden Bem.[1] vor 272; Verkündung 274; über Arrest und einstw. Verf. 822.
Vergleich, die Befugnis zum V. liegt in der Prozeßvollmacht 77; kann aber ausgeschlossen werden 79; Kosten des Vergleichs 93; V. ist zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 1; V. im Termine zum Sühneversuch vor dem Amtsgerichte 471; Einrede des V. in der Zwangsvollstreckung 686[1]; V. als Zwangsvollstreckungsmittel 702 Nr. 1, 2, 703.
Vergleichsbefugnis des Bevollmächtigten 77, 79; V. der Parteien ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Schiedsvertrags 852.
Vergleichseid 415[4].
Verhaftung 790, 791.
Verhandlung, Begriff 298[2].
Verhandlung, mündliche, s. mündliche Verhandlung.
Verhandlungsmaxime 279[1].
Verhandlungstermin 297.
Verhinderung des zuständigen Gerichts 36, 41.
Verjährung, Unterbrechung der V. bei Zustellung durch Requisition oder öffentliche Bekanntmachung 190; Unterbrechung durch den Prozeßbeginn 239[2]; Verjährung der Feststellungsklage 231[12]; in Ehesachen unterbricht die Ladung zum Sühnetermin die V. 571; Unterbrechung der V. durch Zustellung des bedingten Zahlungsbefehls 632[2], 637[2]; Unterbrechung der V. in Wechselsachen EG. 13[7]; V. des durch Urteil festgestellten Anspruchs 686[1].
Veritas instrumenti 402[1].
Verkehrswert 3[2].
Verklarung Bem.[2] vor 447; EG. 13[3].
Verkündung der Urteile und Beschlüsse durch den Vorsitzenden 127; V. von Entscheidungen ist zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 6; V. von Terminen [2]IV vor 191, 195; von Fristen 189; V. des Urteils 281—283; der Entscheidungsgründe 282; V. der Beschlüsse und Verfügungen 294.
Verlängerung von Fristen 202—204, 207; Kosten 90.
Verlegung von Terminen 205—207; Kosten 90.
Verlesung von Schriftstücken 127; V. der Anträge 269, 469.
Verletzung der Eidespflicht, wissentliche, als Grund zum Widerruf einer Eideszu- oder zurückschiebung 422, 432; als Restitutionsgrund 543 Nr. 1; V. von Prozeßvorschriften, Rüge derselben 267, 492, 521; V. des Gesetzes als Revisionsgrund 511, 512 (EG. 12), 513, 516, 525, 526, 528.
Verlobung, Ausschließungsgrund 41; Grund zur Zeugnisverweigerung 348 Nr. 1, 350.
Verlust der Prozeßfähigkeit oder der Vertretungsbefugnis als Unterbrechungsgrund 219, 223; V. des Rügerechts 267, wirkt für die Berufungs- und Revisionsinstanz 492, 521; Verlust des Besitzes an der gepfändeten Sache 712[2].
Vermächtnisklagen, Gerichtsstand 28[3].
Vermieter, Streitigkeiten der V. mit den Mietern, vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile 649 Nr. 1; Zustellung an den V. 166; Zurückbehaltungsrecht des V. im Verhältnis zur Pfändung 710[2].
Vermittelung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber 152, 154, 458, 462, 633[1], 639[3].
Vermögen, Gerichtsstand 24; bewegliches — unbewegliches V. s. Zwangsvollstreckung in ꝛc.
Vermögensabsonderung unter Ehegatten EG. 15 Nr. 5.
Vermögensauseinandersetzungen, vorbereitendes Verfahren Bem.[1] vor 313.
Vermögensmassen, Gerichtsstand 19.
Vermögensrechte, Zwangsvollstreckung in andere V. als Forderungen 754.
Vermögensrechtliche Ansprüche, Begriff 21[2]; 24, 40, 508, 649 Nr. 4, 796.
Vermögensverwaltung, Gerichtsstand 31.
Vermögensverzeichnis 711.
Vermutungen, sog. gemeine oder Wahrscheinlichkeitsvermutungen sind aufgehoben EG. 14 Nr. 3; gesetzliche Vermutungen bleiben unberührt EG. 16 Nr. 1 u. 16[2]; Gegenbeweis gegen gesetzliche V. 411[1], EG. 16 Nr. 1 u. 16[2]; V. der Beauftragung des Gerichtsvollziehers zu Zustellungen 153; V. der Echtheit von öffentlichen Urkunden 402, 403.
Vernehmung der Parteien in Ehesachen 579; des zu Entmündigenden 598, 612, 617, 620; V. von Zeugen und Sachverständigen s. Zeugen und Sachverständige.
Vernichtung von Urkunden 409.
Verpächter, Zurückbehaltungsrecht des V. im Verhältnis zur Pfändung 710[2].

Digitized by Google

Verpflegungskosten des Verhafteten 792.
Verpflichtung zur Streitverkündung 69⁵, 740.
Versäumnisurteil 295 ff.; V. nach einem bedingten Endurteil 297², 430²; V. gegen den Kläger 295; gegen den Beklagten 296; gegen die nicht verhandelnde Partei 297; Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil 300; Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags 301; Vertagung 302; Einspruch 303—311; Zulässigkeit 303; Frist 304; Einlegung 305; Prüfung der Zulässigkeit 306; Wirkung 307; Entscheidung 308; Aufhebung des Versäumnisurteils 308; Kosten 309; Unzulässigkeit des Einspruchs gegen ein zweites Versäumnisurteil 310; Verzicht und Zurücknahme des Einspruchs 311; V. über Widerklage 312¹; V. im Zwischenstreit (Versäumniszwischenurteil) 312³, 430; V. nach vorbereitendem Verfahren 318; V. bei Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Termine zur Eidesleistung 430; Berufung gegen V. 474; Zurückverweisung in die erste Instanz 500³; V. in der Berufungsinstanz 504; Revision gegen V. 529; V. in der Revisionsinstanz 520³; V. im Wiederaufnahmeverfahren 548³; V. im Nachverfahren zum Urkundenprozeß 563³; in Ehesachen 578; im Entmündigungsverfahren 611; zweites V. ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären 648 Nr. 3; V. im Verteilungsverfahren 767; im Arrestprozeß 801, 802 III⁶, (S. 994 f.), 804, 805³, 806⁴, 807⁴.
Versäumnisverfahren s. Versäumnisurteil.
Versäumung von Prozeßhandlungen 208; Eintreten der Folgen der V. ohne Androhung 209; keine Aufhebung der Folgen wegen Minderjährigkeit 210; Wiedereinsetzung 211 ff. (s. Wiedereinsetzung); V. eines Termins 197; Kosten, die durch V. entstehen 90.
Versammlung, gesetzgebende 347, 785 Nr. 1.
Verschleppung des Prozesses 252 (583), 339, 398.
Verschollenheitserklärung Bem.¹ vor 823.
Verschulden des Vertreters ist kein Grund zur Aufhebung der Versäumnisfolgen 210, vgl. 213.
Verschwägerung als Ausschließungsgrund 41 Nr. 3; als Grund zur Verweigerung des Zeugnisses 348, 358.
Verschwender, Prozeßunfähigkeit 50ᵃᶜ; Eideszuschiebung und Zurückschiebung an V. 435; Erklärung einer Person als V. 621 ff. — s. a. Entmündigung wegen Verschwendung; Bestellung eines Beistandes EG. 10.
Versicherung, eidliche 266, 829.
Versteigerung gepfändeter Sachen 716; Zeit, Ort der V. 717; Bedingungen der V., Zuschlag, Ablieferung 714, 718; Beteiligung des Schuldners oder des Gerichtsvollziehers bei der V. 718⁴; Einstellung der V. 719; Empfang des Erlöses 720; V. von Gold- und Silbersachen 721; V. von Wertpapieren 722; von hängenden Früchten 725; V. bei Anschlußpfändung 727; V. von Forderung 743¹; V. der mit Arrest belegten Sachen 810.
Vertagung der Verhandlung 205, 206; Kosten der V. 90; V. der Verhandlung wegen ungenügender Vorbereitung durch Schriftsätze 245; V. zum Zwecke des vorbereitenden Verfahrens 250; V. bei Ausbleiben einer Partei 300; V. in der Berufungsinstanz 486; V. in der Revisionsinstanz 529.
Verteidiger, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350.
Verteidigungsmittel, Vorbehalt der V. 252, 502, 503, 583.
S. a. Angriffs- und Verteidigungsmittel.
Verteilungsgericht 765, 768.
Verteilungsverfahren 758—767; Voraussetzungen 758; Aufforderung zur Liquidation 760; Teilungsplan, Termin zur Erklärung 761; Widerspruch dagegen 762, 764; Widerspruchsklage 765, 767; Versäumnisurteil 767; Hinterlegung der auf den Arrestkläger fallenden Beträge 760⁴, 810.
Vertrag über Gerichtsstand 29, über Verzicht auf Einspruch 311 Bem., über Verzicht auf Rechtsmittel 475², 529, über Verzicht auf die Wiederaufnahme Bem.² vor 541; über Ausschließung des Urkundenprozesses oder des Arrestprozesses Bem.¹ vor 555 über Ausschließung gewisser Arten der Vollstreckung Bem.¹ vor 644.
Vertretbare Handlungen, Vollstreckung 773.
Vertretbare Sachen, Urkundenprozeß 553; Mahnverfahren 628; Herausgabe 776.
Vertreter, Bestellung eines V. in Ermanglung eines gesetzlichen V. 55; V. für den unbekannten Gegner bei dem Verfahren zur Sicherung des Beweises 455; strafbare Handlung des V. ist Restitutionsgrund 543 Nr. 4; V. eines Entmündigten 609, 620, 626.
Vertreter nicht prozeßfähiger Parteien (gesetzlicher Vertreter), Begriff 50¹; Bestimmung nach bürgerlichem Recht 50; Prüfung der Legitimation 54; vorläufige Zulassung 54; Bestellung besonderer Vertreter 55; Haftung des V. für Kosten 97; Zustellung an V. 157; Zustellung bei mehreren V. 172; Versäumung des V. 210; Tod des V. und Aufhören der Vertretungsbefugnis 219, 223; Einrede der mangelnden Vertretungsbefugnis 247 Nr. 6; Eideszuschiebung an den gesetzlichen V. 435, 436; richterlicher Eid 437, 438; Mangel der gesetzlichen Vertretung als Revisionsgrund 513 Nr. 5; als Grund der Nichtigkeitsklage 542 Nr. 4, 549; strafbare Handlungen der V. als Grund der Restitutionsklage 543 Nr. 4, 544; mangelhafte V. als Grund der Aufhebung eines Schiedsspruchs 867 Nr. 3.
Verurteilung des Anwalts zur Zurückgabe von Urkunden 126; Vollstreckung 126⁴.
Verurteilung wegen Delikts als Voraussetzung für gewisse Restitutionsfälle 544.

Digitized by Google

Verwalter, Klagen des V. und gegen den V. Gerichtsstand 31.
Verwaltungsbehörde, Kompetenzkonflikt mit einer V. 36[6]; EG. 25 Nr. 1.
Verwandtschaft als Ausschließungsgrund 41 Nr. 3; als Grund zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 3, 350; als Grund zur unbeeidigten Vernehmung 358.
Verweigerung der Erklärung über gegnerische Behauptungen 129, 135, 557, 561; V. der Annahme der Zustellung 165, 170; V. der Einlassung 247[2], 248, 465, 490; V. des Zeugnisses 348—355; Gründe 348, 350; Verfahren und Entscheidung 351—354; Strafen 355; V. des Gutachtens 373, 374; V. der Erklärung über eine Urkunde 404; V. der Eidesleistung 429, 430, 434, 495; V. des Offenbarungseides 782; V. der Justiz, Beschwerde Bem.[6] vor 530.
Verweisung vom Landgericht an das Amtsgericht 249; vom Amtsgericht an das Landgericht 466, 467; V. vom obersten Landesgericht an das Reichsgericht EG. 7.
Verwerfung des Einspruchs 306; der Berufung 497; der Revision 529; der Nichtigkeits- und Restitutionsklage 552.
Verzeichnis der Urteile 287; V. des Vermögens 711, 782[3].
Verzicht auf den Streitgegenstand, Vollmacht ermächtigt zum V. 77 (Beschränkung 79); V. ist zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 1; V. auf die Rüge wegen Verletzung von Prozeßvorschriften 267, 493, 510; V. auf den Anspruch, Urteil 277; V. auf den Einspruch 311; V. auf Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen 357, 375 (unzulässig in Ehe- und Entmündigungssachen 577, 611); V. auf vorgeschlagene Zeugen 364; V. auf Urkundenbeweis 401; V. auf Berufung 475; V. auf Revision 529; V. auf Beschwerde Bem.[4] vor 530; V. auf die durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung erworbener Rechte 742.
Vieh, Pfändungsbeschränkungen 715, Nr. 3, 5.
Vindicatio Gerichtsstand 25.
Vis maior 211[1].
Vollmacht, schriftliche 76; mündliche 85; Beglaubigung 76, Umfang der V. 77, 78; Beschränkung 79, 80; V. für einzelne Prozeßhandlungen 79; Tod des Vollmachtgebers 82; Kündigung der V. 83; Rüge des Mangels der V. 84; Mangel der V. 84, 85; V. im Mahnverfahren 643; V. für den Gerichtsvollzieher 675, 676.
Vollstreckbare Ausfertigung von Urteilen 662—666; weitere 669, 670; von gerichtlichen und notariellen Urkunden 705.
Vollstreckbarkeit von Arrestbefehlen 801, 802[1 Us], 804, 808[1]; von einstweiligen Verfügungen 815[1].
Vollstreckbarkeit vorläufige, des Urteils der Vorinstanz 496, 523; V. des Urteils, das unter Vorbehalt von Verteidigungsmitteln ergeht 502; V. des Urteils im Urkundenprozeß 562; Erklärung der vorläufigen V. 648 ff.
S. a. Vorläufige Vollstreckbarkeit.
Vollstreckbarkeitserklärung durch das Berufungsgericht 496; V. in der Revisionsinstanz 523; V. im Mahnverfahren 639; V. ausländischer Urteile 660, 661.
Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren 634, 639—642; Restitutions- und Nichtigkeitsklage dagegen 547; V. als Zwangsvollstreckungstitel 702 Nr. 4, 704.
Vollstreckungsgericht 163, 678, 684, 685, 688, 693, 710, 723, 724, 726, 728, 729, 755, 756, 771, 780, 810, 813.
Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit 681; an Sonntagen 681; Protokoll über V. 682.
Vollstreckungsklage 660, 661.
Vollstreckungsklausel 662—668, 687; Notwendigkeit der V. 662; Ausnahmen 662[2]; Form der V. 663; V. bei Verurteilung mit Befristung und bei gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteilen 664, 666; V. für den Rechtsnachfolger des Gläubigers 665, 666; V. gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners 665, 666; Klage auf V. 667, 704; Einwendungen des Schuldners gegen Erteilung der V. 668, 687; V. bei gerichtlichen und notariellen Urkunden 704, 705; V. bei Vollstreckungsbefehlen 704; V. bei Arrestbefehlen 809.
Vollstreckungspfandrecht 709.
Vollstreckungstitel 644, 702, 706.
Vollstreckungsurteil bei ausländischen Urteilen 660, 661; bei Schiedssprüchen 868—870.
Vollziehung des Arrestes 801, 802[1 Us], 808 bis 812; V. von einstweiligen Verfügungen 816[2], 817[1].
Vorbehalt von Verteidigungsmitteln 502, 503; V. der Rechte im Urkundenprozeß 562, 563; V. von Rechten im Ausschlußurteil 830.
Vorbereitende Schriftsätze im Anwaltsprozeß 120; in anderen Prozessen 120; Zustellungsfristen 123; Abschriften der v. S. sind auf der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen 124; Klageschrift 230; Klagebeantwortung 244; v. S. nach der Klagebeantwortung 245; Abänderungen 270; Berufungsschrift 479, 480; Berufungsbeantwortung 484; Revisionsschrift 515, 516; Revisionsbeantwortung 519; Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 551.
Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen 250, 313—319; Zulässigkeit 313, Anordnung 314; protokollarische Feststellung 315; Ausbleiben einer Partei 316; Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung 317; mündliche Verhandlung 318; Teilurteil 318; Versäumnisurteil 318; Nachholung von Erklärungen ꝛc. 319; Geltendmachung von neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln 319.
Vorführung der ausgebliebenen Zeugen 345; der Parteien in Ehesachen 579.
Vorläufige Vollstreckbarkeit 648—659; von Amtswegen 648; auf Antrag 649; gegen Sicherheitsleistung 650, 652; Abwendung der

Digitized by Google

vorläufigen Vollstreckbarkeit 651, 652; Ergänzung des Urteils hinsichtlich der vorl. Vollstr. 654; Außerkrafttreten der vorl. Vollstr. 655; Verhandlung über die vorl. Vollstr. in der Berufungsinstanz 656; Aussetzung oder Beschränkung der vorl. Vollstr. wenn ein Rechtsmittel oder Einspruch eingelegt ist 657; Vollzug des vorl. vollstr. Urteils auf Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuch 658; Hinterlegung gepfändeten Geldes und des Versteigerungserlöses 659; vorl. Vollstr. ist vom Berufungsgericht auszusprechen 496; dgl. in der Revisionsinstanz 523.

Vorlegung von Urkunden 125, 133, 134, 385 ff., 398, 399, 400, 406; des Protokolls zur Durchsicht 148.

Vorlesung von Schriftstücken in der mündlichen Verhandlung 128[2]; V. des Protokolls 148; V. der Anträge 269.

Vormerkung im Grund- oder Hypothekenbuch 658, 731.

Vormundschaft 109, 603; Personen unter V. 50[2a—d]; 595.

Vormundschaftsbehörde 600, 603, 615, 619.

Vorprüfung bei Gesuchen um Erteilung des Armenrechts 106[3].

Vorrechte 710; gegenüber dem Pfändungspfandrechte EG. 23.

Vorschuß der Zeugengebühren 344; der Haftkosten 792.

Vorsitzender. Bestellung eines Vertreters für eine nicht prozeßfähige Partei durch den V. 55; Leitung der mündlichen Verhandlung durch den V. 127; Erlaubnis zu Zustellungen an Sonntagen 170; Ersuchungsschreiben an Behörden um Zustellungen 185; Terminsbestimmung 193, 233; Bestimmung der Ladungsfrist bei Ladung von Rechtsnachfolgern 217; Bestimmung der Einlassungsfrist bei Zustellungen im Auslande 234; Verkündung der Verfügungen des V. 294; Bezeichnung des beauftragten Richters beim vorbereitenden Verfahren 314; dgl. beim Beweisbeschluß 326; Erlaß des Ersuchungsschreibens an ein anderes Gericht wegen der Beweisaufnahme 327; dgl. des Ersuchungsschreibens um Beweisaufnahme im Auslande 328; Entscheidung über Gesuche wegen eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung 822.

Vorstände der obersten Reichsbehörden, deren Vernehmung als Zeugen 347.

Vorsteher von Vereinen ꝛc., Zustellung 169.

Vortrag. Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten 128; Untersagung des V. 143, 144; V. des Beweisergebnisses 258; V. der Parteien in der Berufungs- und Revisionsinstanz 488, 529.

Vorzugsrechte gegenüber dem Pfändungspfandrecht 709, 710.

Wache, Beigebung einer W. als Arrestmittel Bem. zu 812.

Wahl des Gerichtsstandes 33.

Wahlkonsuln, Gerichtsstand 16.

Wahnsinn s. Entmündigung wegen Geisteskrankheit.

Wahrheitseid 424.

Wahrscheinlichkeit, Vorschriften über größere oder geringere W. treten außer Kraft EG. 14 Nr. 3.

Waisen, Pfändung der Bezüge von W. aus Waisenkassen 749 Nr. 1.

Warenzeichen, Prozesse über W., Gerichtsstand 13[4].

Warrants, Pfändung 732, 746[1]; Amortisation 837 ff.

Wechsel, Pfändung 732; Amortisation 837 ff.

Wechselklage 565, 566, 567.

Wechselprotest, Beweiskraft 383[1].

Wechselprozeß 565—576, Gerichtsstand 566; Einlassungsfrist 567; keine Sicherheitsleistung 102; Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz 500 Nr. 4; vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile im W. 648 Nr. 4.

Wechselverjährung, Unterbrechung EG. 13[7].

Wegfall der Prozeßfähigkeit 219, 223; des Anwalts 221; des Schiedsrichters 857, 859.

Wehrpflicht 14, 21.

Weigerung des Zeugnisses s. Verweigerung W. des Gerichtsvollziehers 685.

Weitere Beschwerde 531.

Wert des Streitgegenstandes, Berechnung 1—9; Angabe des W. in der Klage 230; W. des Beschwerdegegenstandes bei der Revisionsschrift 508; Angabe des W. in der Revisionsschrift 516.

Wertpapiere, Begriff 101[2], 722[1]; als Mittel zur Sicherheitsleistung 101; Anspruch auf eine Quantität Wertpapiere, Urkundenprozeß 555; dgl. im Mahnverfahren 628; Verlauf der W. zum Tageskurse 722; Umschreibung der W. 723; Wiederinkurssetzung 724; Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe von W. 770; Amortisation von W. 838 ff.; dgl. von W. mit Zins- oder Gewinnanteilscheinen 843 ff.

Widerklage, Zusammenrechnung des Widerklaganspruchs mit dem Klaganspruche findet nicht statt 5; Gerichtsstand der W. 33; Begriff der W. 33[2]; Voraussetzungen 33[3]; Widerklage gegen Widerklage 33[4]; Erhebung der W. 33[5], 254; die Vollmacht umfaßt das Verfahren über W. 77; keine Kautionspflicht bei W. 102 Nr. 3, 104; wann der Anspruch der W. zur getrennten Verhandlung verwiesen werden kann 136; prozeßhindernde Einreden gegen die W. 247[18], 248[5]; Zulässigkeit der W. bis zum Schlusse der Verhandlung 251, 253; Inzidentwiderklage 253; Rechtshängigkeit der W. 254; wann Teilurteil über den Anspruch der W. zulässig ist 274; Versäumnisurteil bei W. 312[1]; W. vor dem Amtsgerichte 467; W. in der Berufungsinstanz unzulässig 491[2]; W. im Urkundenprozesse unzulässig 558; Beschränkung der Zulässigkeit der W. in Ehesachen 575, 587; W. im Entmündigungsverfahren unstatthaft 608, 624, 626; W. vor dem Schiedsgerichte 860[5].

Widerruf von Erklärungen des Bevollmächtigten durch die Partei 81; dgl. der Beistände

Digitized by Google

86; W. eines gerichtlichen Geständnisses 263; W. der Annahme oder Zurückschiebung eines Eides 419, 422, 423, 432, 433; W. der Zuschiebung eines Eides 422, 423[1], 432; W. eines richterlichen Eides 439.
Widersprechende Zeugenaussagen 359.
Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl 634 bis 637; gegen die Zwangsvollstreckung 686, 690, 710; W. gegen den Teilungsplan 762, 764, 765, 767; gegen die Abnahme des Offenbarungseides 781; W. gegen den Arrestbeschluß 804, 805.
Widersprüche im Urteile, Berichtigung 291.
Widerstand gegen die Zwangsvollstreckung 678, 679, 777.
Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit 616—620; Antrag, Beschluß des Amtsgerichts 616; W. der Entmündigung wegen Verschwendung 625—627; W. von Vollstreckungshandlungen 692; W. von Arresten 804, 805, 806, 807, 813; von einstweiligen Verfügungen 815, 818, 820.
Wiederaufnahme des Verfahrens, Vollmacht legitimiert auch zur W. 77; W. gehört zur Instanz 163; W. vor dem Amtsgericht 462; W. durch Nichtigkeits- und Restitutionsklage 541—554; s. a. Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage; Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung bei W. des U. 647.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung von Notfristen 211—216; wegen Naturereignisses ꝛc. 211; gegen Versäumung der Einspruchsfrist 211; gegen Versäumung der Restitutionsfrist unzulässig 212[1]; gegen Terminsversäumung unzulässig Bem. vor 208; Fristen der W. 212; W. bei rechtzeitiger Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber 213; Antrag auf W. 214—216; Entscheidung darüber 215; Verhandlung 216; Kosten der W. 416; W. im Verfahren vor den Amtsgerichten 462; Einstellung und Beschränkung der Zwangsvollstreckung bei W. 647; W. gegen Ablauf der Revisionsfrist in Bayern EG. 7[2].
Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung 142.
Wiederholte Vernehmung eines Zeugen 363; eines Sachverständigen 367.
Wiederinkurssetzung von Wertpapieren 724.
Wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen, Wertsbestimmung 9.
Wildschadensklage, Gerichtsstand 27.
Willenserklärung, Verurteilung zur Abgabe einer W. 779.
Winkeladvokatur 143[2].
Wirte, Streitigkeiten der W. mit Reisenden, vorläufige Vollstreckbarkeit 649 Nr. 3
Wissentliche Verletzung der Eidespflicht als Grund zum Widerruf einer Eideszu- oder zurückschiebung 422, 432; als Restitutionsgrund 543 Nr. 1.
Witwenpensionen, Pfändung 749 Nr. 7.
Wochenfristen, Berechnung 200.
Wochenmärkte 30.
Wohnort 123, 161, 284, Nr. 1.
Wohnsitz, Gerichtsstand 13; Militärpersonen 14, 15; abgeleiteter W. 17.
Wohnung, Begriff 165[1]; Zustellungen in der W. 165; Durchsuchung der W. 678.
Wohnungsgeldzuschuß, Pfändung 749[13].
Wortentziehung 127, 143; Folgen 127[3b], 144.
Würderungseid aufgehoben 260[3].
Wundärzte, Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses 348 Nr. 5; Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit 350.

Zahlung an den Prozeßbevollmächtigten 77[3c]; an den Gerichtsvollzieher 675—677; Wegnahme gepfändeten Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Z. 616; Empfang des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Z. 620; vgl. a. 810.
Zahlungsbefehl, bedingter 628, 632, 633, 639, 641; s. Mahnverfahren.
Zahlungseinrede in der Zwangsvollstreckung 686[1].
Zahlungsfristen, das Gericht darf keine Z. gewähren EG. 14 Nr. 4.
Zahlungsort, Gerichtsstand 29; im Wechselprozesse 566.
Zahlungsverbot an den Drittschuldner 730.
Zehnten, deren Wertsbestimmung 9[2].
Zeichnungen, deren Vorlegung 133.
Zeit der Zustellung 174 Nr. 1.
Zeitweilige Trennung von Tisch und Bett Bem.[1] vor 568, 580[1], 592.
Zeugen, Zeugenbeweis, Aussagen der Z. sind zu Protokoll festzustellen 146 Nr. 3 (Ausnahme 147); Z. sind im Beweisbeschlusse zu bezeichnen 324; Fähigkeit Z. zu sein Bem.[1] vor 338 (S. 466); Zulässigkeit des Zeugenb. Bem.[2] vor 338 (S. 467); Zahl der Z. Bem.[2] vor 338 (S. 467); Verhältnis des Zeugenb. zum Beweise durch Eid Bem.[1] vor 338 (S. 467), 418[1], 437[1]. Antretung des Beweises durch Z. 338; nachträgliche Benennung weiterer Z. 339; Zurückweisung der nach dem Beweisbeschlusse benannten Zeugen 339; Aufnahme des Zeugenbeweises durch einen beauftragten oder ersuchten Richter 340; Vernehmung der Landesherren ꝛc. als Z. 340; Vernehmen von Beamten als Z., Amtsverschwiegenheit 341; Ladung der Z. 342; Ladung einer dem aktiven Heere ꝛc. angehörigen Person des Soldatenstandes 343; Kostenhinterlegung für Z. 344; Ausbleiben der geladenen Z., Bestrafung 345; Entschuldigung des ausgebliebenen Z. 346; Vernehmung des Reichskanzlers, der Minister, der Mitglieder des Bundesrats ꝛc. außerhalb des Amtssitzes ꝛc. 347; Verweigerung des Zeugnisses 348—355; Berechtigung dazu 348 bis 350; Verfahren und Entscheidung 351, 354; Strafen 355, 597; Beeidigung der Z. 356; Verzicht auf die Beeidigung 356 (in Ehe-

Digitized by Google

und Entmündigungssachen ausgeschlossen 577, 611; Eidesformel 357; unbeeidigte Vernehmung 358; Einzelvernehmung der Z. 359; Gegenüberstellung der Z. 359; Generalfragen an die Z. 360; Fragen von Seite des Vorsitzenden oder der Gerichtsmitglieder 361; von Seite der Parteien 362; Wiederholung der Zeugenvernehmung 363; Verzicht auf einen Z. 364; Rechte des beauftragten oder ersuchten Richters bei der Zeugenvernehmung 365; Reisekosten und Gebühren der Z. 366; sachverständige Z. 472; Zeugenvernehmung zur Sicherung des Beweises 470; Beschwerde der Z. 532; Vernehmung der Z. im schiedsrichterlichen Verfahren 861, 862.

Zeugenaussagen 146 Nr. 3, 147; [3] vor 338.

Zeugenbeweis s. Zeugen.

Zeugeneid 357.

Zeugeneidliche Vernehmung der Parteien Bem. vor 410 (S. 540).

Zeugnis über Vermögensverhältnisse zur Erlangung des Armenrechts 109; öffentliches Z. 380[2], 383; Z. der Rechtskraft 646.

Zeugnisfähigkeit Bem. [1] vor 338 (S. 466).

Zeugnispflicht 345[1].

Zeugnisverweigerung, berechtigte 348 bis 350; Verfahren 351—354; unberechtigte 355.

Zeugniszwang 345, 355, 597.

Ziegen, Pfändung 715 Nr. 3.

Zinsen sind als Nebenforderungen nicht bei der Berechnung des Streitgegenstandes in Betracht zu ziehen 4; sind nicht ohne Antrag zuzusprechen 279; vgl. a. EG. 14[6].

Zinsscheine 843 ff.

Zufall, unabwendbarer, Wiedereinsetzung 211 ff.; Vertagung 302.

Zugeständnis, Präjudiz des Z. 129.
S. a. Geständnis.

Zulässigkeit des Rechtswegs 247, 509, 528, EG. 5; Z. der Berufung ist von Amtswegen zu prüfen 497; dgl. der Revision 529; dgl. der Beschwerde 537; dgl. der Nichtigkeits- und Restitutionsklage 552.

Zurückbehaltungsrecht 6[7c], 136[3b] (S. 194).

Zurückbehaltungsrecht des Vermieters, vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils 649 Nr. 1; Geltendmachung gegenüber der Pfändung 709[2b], 710[2].

Zurücknahme der Klage 243; des Einspruchs 311; der Berufung 476; der Revision 529; der Beschwerde Bem. [4] vor 530 (S. 690).

Zurückschiebung des Eides s. Zuschiebung.

Zurückverweisung von der Berufungs- in die erste Instanz 500, 501; von der Revisions- in die Berufungsinstanz 528.

Zurückweisung gewerbsmäßiger Bevollmächtigter und Beistände 143; von Verteidigungsmitteln 252; dgl. in der Berufungsinstanz 502, 503, 583; Z. des Antrags auf Versäumnisurteil 300—302; des nachträglich angetretenen Zeugenbeweises 339; Z. verspäteten Urkundenbeweises 398; Z. von Beistänben der Parteien im Termine zum Sühneversuch in Ehesachen 572; Z. des Gesuchs um bedingten Zahlungsbefehl 631.

Zusammenhang des Anspruchs und Gegenanspruchs bei Widerklage 33; bei Gegenforderung und Widerklage 136, 141.

Zusammenrechnung der Streitgegenstände 5, 508[4c].

Zuschlag bei Versteigerungen 718, 721.

Zuständigkeit (örtliche) s. Gerichtsstand.

Zuständigkeit (sachliche) 1—11; nach dem Werte des Streitgegenstandes 2—9; Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung über die Zuständigkeit 11; Bestimmung des zuständigen Gerichts, wenn mehrere Gerichte sich für zuständig oder unzuständig erklärt haben 36, EG. 9; Vereinbarung über die Z. 39; sog. stillschweigende Vereinbarung 39; wirkungslose Vereinbarung 40; Einfluß der Rechtshängigkeit auf die Z. 235 Nr. 2; Einrede der Unzuständigkeit 247 Nr. 1, 249; unrechtmäßige Annahme der Z. als Revisionsgrund 513 Nr. 4; Z. für Nichtigkeits- und Restitutionsklagen 547; Z. in Ehesachen 568; in Entmündigungssachen 594; Z. im Mahnverfahren 629; Z. für Klagen auf Erlassung des Vollstreckungsurteils bezüglich ausländischer Urteile 660; Z. für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel 668, 704, 705; Z. des Vollstreckungsgerichts 684; Z. für die Klage, worin Einwendungen gegen den Anspruch im Vollstreckungsstadium geltend gemacht werden 686, 704, 705; Z. für die Klage auf Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel 687, 704, 705; Z. für die Widerspruchsklage Dritter gegen die Vollstreckung 690; Ausschließlichkeit der Z. im Zwangsvollstreckungsverfahren 707; Z. für die Klage Dritter auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse 710; Z. zur Erlassung des Beschlagnahmebeschlusses bei Pfändung von Forderungen 2c. 729; Z. zur Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen 755; Z. bei Klagen im Verteilungsverfahren 765; Z. für die Klage auf Leistung des Interesses 778; Z. zur Abnahme des Offenbarungseides 780, 783; Z. in Arrestsachen 799, 857, 822; Z. für einstweilige Verfügungen 816; Z. im Aufgebotsverfahren 823, 839; Z. für die Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren 871.

Zustellungen 152—190. Begriff 152; durch Gerichtsvollzieher 152; mündliche Erklärung des Auftrags 153; Vermutung des Auftrags 153; Z. unter Vermittelung des Gerichtsschreibers 154; Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks mit Abschriften 155; Vermerk der Zeit der Uebergabe 155; Z. durch Uebergabe einer Ausfertigung 156; durch Uebergabe beglaubigter Abschrift bei sonstigen Schriftstücken 156; Beglaubigung der Abschrift durch den Gerichtsvollzieher, Anwalt, Gerichtsschreiber 156; Z. für nicht prozeßfähige Parteien 157; für Behörden, Gemeinden, Korporationen, Vereine 157; bei mehreren Vertretern 157, 172; für Unteroffiziere und Gemeine des aktiven

Digitized by Google

Heeres 158; Z. an Generalbevollmächtigte und Prokuristen 159; an Zustellungsbevollmächtigte 160, 161; durch Aufgabe zur Post 161, 221, 730; an den Prozeßbevollmächtigten 162, 163; Z. des Schriftsatzes, wodurch ein Rechtsmittel eingelegt wird 164; Ort der Z. 165; Ersatzzustellung 166—169; Z. in der Wohnung an Hausgenossen ꝛc. 166; Z. durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei unter Anheftung einer Anzeige an die Thüre der Wohnung 167; Z. für Gewerbetreibende an Gewerbegehülfen 168; Z. für die gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde ꝛc. ꝛc. 169; Verweigerung der Annahme 170; an Sonn- und Feiertagen 171; an den Vertreter und den Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Beteiligten 172; Beurkundung der Z. 173, 174; bei Z. durch Aufgabe zur Post 175; Zustellung durch die Post 176—180; unter Vermittelung des Gerichtsschreibers durch die Post 179; Z. von Anwalt zu Anwalt 181; Z. im Auslande 182 bis 185; Einlassungsfrist bei Z. im Auslande 234, 459; Einspruchsfrist bei Z. im Auslande 304; Z. an Exterritoriale 183; Z. an die Vorsteher der Reichskonsulate 183; an Personen, die einem mobilen Truppenteile angehören 184; Ersuchungsschreiben zum Zwecke der Z. 185; öffentliche Z. an Personen unbekannten Aufenthalts 186—189; deren Zulässigkeit 186; deren Ausführung 187, 188; bei Ladungen 189; Anheftung an die Gerichtstafel, Ausschreiben 187—189; Zeitpunkt der öffentlichen Z. 189; Rückwirkung der Z. durch Requisition oder öffentliche Bekanntmachung 190; Z. einer Ladung 191; Z. der Urteile 283, 288; Z. von Beschlüssen und Verfügungen 294; Z. im amtsgerichtlichen Verfahren 458; Z. der Urteile in Ehesachen 582; Z. der Beschlüsse in Entmündigungssachen 602, 619, 623, 625; Z. des Zahlungsbefehls 633; Z. des Vollstreckungsbefehls 639[5]; Z. des Urteils ist Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung 671; Z. des Beschlagnahmebeschlusses bei Zwangsvollstreckung in Forderungen 730, 739; Z. des Arrestbefehls 801, 802[1 I u. III], 808[1], 809[2]; Z. der einstweiligen Verfügung 815[1].

Zustellungsbevollmächtigte, Gerichtsstand für Klagen derselben 34; Notwendigkeit von Z. 160, 161; Verschulden des Z. ist nicht Restitutionsgrund 210[3].

Zustellungsurkunde 173, 174; des Postboten 178; Beweiskraft der Z. 383.

Zwangsenteignung, Gerichtsstand für Klagen auf Entschädigung wegen Z. 27; Verfahren EG. 15 Nr. 2.

Zwangshaft, Vollzug 785—794; Unstatthaftigkeit 785—787; Unterbrechung 786, 787; Haftbefehl 789; Verhaftung 790, 791; Kosten 792; gegen Militärpersonen 793; Dauer 794.

Zwangshaft wegen Zeugnisverweigerung 355; wegen Verweigerung des Offenbarungseides 782; zur Erzwingung von Handlungen 774.

Zwangsmittel gegen die Zeugen 345, 355; gegen die Sachverständigen 374; gegen die Parteien in Ehesachen 579; bei Realexekution 769—777.

Zwangsvergleich als Vollstreckungstitel 702[5].

Zwangsvollstreckung.

I. Zw. Allgemeine Bestimmungen. 604—707; Beginn und Ende 686[5c, d]; Z. findet statt aus rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen 644; Betrieb durch die Gerichtsvollzieher[2 IV] vor 644; Mitwirkung des Gerichts[2 IV] vor 644 (S. 817); Z. aus Urteilen, die unter Vorbehalt der Verteidigungsmittel erlassen sind 502; Urteile in Ehesachen können nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden 644; Zeitpunkt der Rechtskraft 645; Zeugnisse über die Rechtskraft 646; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiederaufnahme des Verfahrens können zur Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung führen 647; vorläufige Vollstreckbarkeit 648—659 (s. a. vorläufige Vollstreckbarkeit); Z. aus inländischen Urteilen 660, 661; Vollstreckungsklausel 662—667; vollstreckbare Ausfertigung 662; Form der Vollstreckungsklausel 663; Vollstreckungsklausel bei Z. auf Leistung Zug um Zug 664[1]; Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger des Gläubigers und gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners 665, 703[1]; Anordnung des Vorsitzenden als Erfordernis der Erteilung der Vollstreckungsklausel 666; Klage auf Vollstreckungsklausel 667; Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel 668, 687; zweite vollstreckbare Ausfertigung 669, 670; Beginn der Zwangsvollstreckung 671, 672, 693[1b]; gegen Militärpersonen 673; Thätigkeit, Rechte und Pflichten der Gerichtsvollzieher 674—683; Durchsuchung der Wohnung 678; Oeffnung von Thüren ꝛc. 678; Widerstand gegen die Z. 678, 679, 777; militärische Hülfeleistung 679; Akteneinsicht 680; Z. zur Nachtzeit, an Sonn- und Feiertagen 681; Protokoll des Gerichtsvollziehers 682; Aufforderungen und Mitteilungen im Vollstreckungsverfahren 683; Vollstreckungsgericht 684; Anträge, Einwendungen und Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung 685; Weigerung des Gerichtsvollziehers 685; Einwendungen gegen den Anspruch 686, 688, 689; Widerspruch eines Dritten gegen die Z. 690; Einstellung und Beschränkung der Z. 691, 692; Z. in den Nachlaß 693, 694; Rechtswohlthat des Inventars 695, 696; Kosten der Z. 697; Requisition von Behörden 698; Z. in Kasernen ꝛc. auf Kriegsfahrzeugen 699; im Auslande 700; Beschwerde 701; Ausschließlichkeit der Gerichtsstände in dem Vollstreckungsverfahren 707; andere Titel zur Z. außer den Urteilen 702—706, EG. 22; Z. aus Arresten 808,

Digitized by Google

810; Z. aus einstw. Verfügungen 815; Z. aus Schiedssprüchen 868.

II. Zw. in das bewegliche Vermögen 708—758; Pfändung, Ausdehnung, Unterbleiben der Pf., wenn ein Ueberschuß über die Pfändungskosten nicht zu erwarten ist 708; Erwerb des Pfandrechts für den Gläubiger, dessen Wirkung, Vorrang der früheren Pfändung 709; Rechte eines Dritten, nicht im Besitze der Sache Befindlichen 710; Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses, Offenbarungseid 711. — Pfändung körperlicher Sachen durch Besitzergreifung und durch Anlegung von Siegeln ꝛc. 712, 713; Zeitpunkt der Pfändung von Früchten 714; Sachen, die der Pfändung nicht unterworfen sind 715; Versteigerung der Pfandobjekte, vorherige Abschätzung 716—719; Wirkung der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher 720; Beschränkung des Zuschlags unter dem Metallwerte bei Gold- und Silbersachen, Verkauf aus freier Hand 721; Verkauf von Wertpapieren 722—724; Zeitpunkt der Versteigerung der vom Boden noch nicht getrennten Früchte 725; Abweichungen in Bezug auf die Art, den Ort ꝛc. der Verwertung 726; Pfändung bereits gepfändeter Sachen 727, 728. — Zw. in Forderungen und andere Vermögensrechte 729—754; Vollstreckungsgericht 729, 810; Verfahren bei Pfändung einer Geldforderung 730; Eintragung der Pfändung in das Hypothekenbuch 731; Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen indossablen Papieren 732; Pfändung von Gehalt und fortlaufenden Bezügen 733; Wirkung der Pfändung des Diensteinkommens im Falle der Versetzung, Gehaltserhöhung ꝛc. 734; vor der Pfändung ist der Schuldner nicht zu hören 735; Ueberweisung von Geldforderungen an den Gläubiger zur Einziehung oder an Zahlungsstatt 736; Wirkung der Ueberweisung 737; Ueberweisung im Falle der dem Schuldner gestatteten Sicherheitsleistung 738; Aufforderung des Drittschuldners zur Erklärung über die Anerkennung der Forderung ꝛc. 739; Streitverkündu bei Einklagung der Forderung 740; Folgen der Verzögerung der Beitreibung 741; Verzicht des Gläubigers auf die durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung erworbenen Rechte 742; Anordnung der Verwertung anstatt der Ueberweisung bei bedingten, betagten ꝛc. Forderungen 743; Benachrichtigung des Drittschuldners und des Schuldners von der bevorstehenden Pfändung, Wirkung 744. — Z. in Ansprüche auf Herausgabe ꝛc. körperlicher Sachen 745, insbesondere von Ansprüchen auf bewegliche Sachen 746, auf unbewegliche Sachen 747; Unzulässigkeit der Ueberweisung solcher Ansprüche an Zahlungsstatt 748; Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind 749; Hinterlegung des Betrags einer für mehrere Gläubiger gepfändeten Geldforderung 750; Verpflichtung des Drittschuldners bei mehrfacher Pfändung des eine bewegliche, körperliche Sache betreffenden Anspruchs zur Uebergabe der Sache an den Gerichtsvollzieher, Verfahren des Gerichtsvollziehers 751; Verfahren bei dem eine unbewegliche Sache betreffenden Anspruche 752; Rechte der Gläubiger, denen der Anspruch überwiesen und für die er gepfändet ist, Prozeß mit dem Drittschuldner 753. — Z. in andere Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Z. in das unbewegliche Vermögen sind, insbesondere Z. in Nutzungsrechte 754.

III. Zw. in das unbewegliche Vermögen 755—757; Amtsgericht als Vollstreckungsgericht 755; Bestellung eines Vollstreckungsgerichts bei Zuständigkeit verschiedener Amtsgerichte ꝛc. 756; Z. in das unbewegliche Vermögen richtet sich nach den Landesgesetzen 757.

IV. Zw. zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 769—779; Wegnahme der Sache, Offenbarungseid 769; Z. auf Leistung vertretbarer Sachen ꝛc. 770; Z. auf Herausgabe unbeweglicher Sachen oder bewohnter Schiffe 771; Ueberweisung des Anspruchs auf Herausgabe einer im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Sache 772; Z. zur Erwirkung von Handlungen, Vornahme der Handlung durch einen Dritten 773; Geldstrafen zur Erwirkung der von einem Dritten nicht vornehmbaren Handlung 774; Ausnahme bei Ehesachen 774 Abs. 2; Z. zur Erwirkung von Unterlassungen 775; Verfahren 776; Widerstand des Schuldners 777; Anspruch auf das Interesse, Klage darauf 778; Ersatz einer abzugebenden Willenserklärung durch die rechtskräftige auf Abgabe derselben lautenden Verurteilung 779; Ausnahme bei Verurteilung zur Eingehung einer Ehe 779.

Vgl. a. Verteilungsverfahren, Offenbarungseid, Haft, Arrest, einstweilige Verfügung.

Zwangsweise Vorführung des ausgebliebenen Zeugen 345; der Parteien in Ehesachen 579.

Zwischenfristen für die Zustellung von vorbereitenden Schriftsätzen 123; Bem.[41] vor 191 (S. 253).

Zwischenstreit, Begriff 275[3]; Zustellung der Schriftsätze 123; Veranlassung zu Zwischenurteilen 275 u. 275[3]; Versäumnisverfahren bei Zw. 312; Zw. bei Beweisaufnahme vor einem beauftr. oder ers. Richter 331; über Zeugnispflicht 352; über Pflicht zum Gutachten 367, 373; über Urkundenvorlage 390[1]; Eidesleistung zur Erledigung eines Zw. 426.

Zwischenurteil unter den Parteien 275; über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel 275[3]; Zw. über einen Zwi-

Digitized by Google

schenstreit 275[4]; das Gericht ist an das Zw. gebunden 289; Zw. kann nicht selbständig durch Berufung oder Revision angegriffen werden 275[3 u. 4], 472[1b]; Zw. unterliegen der Beurteilung des Berufungs- und Revisionsgerichts, wenn gegen das Endurteil ein Rechtsmittel eingelegt ist 473, 510; Versäumniszwischenurteil 312, 430; bedingtes Zw. auf Eid 426.

Zwischenurteil im Zwischenstreit zwischen einer Partei und einem Dritten 275[1]; über Berechtigung zur Nebenintervention 68; wegen Zurückgabe von Urkunden 126; über Verweigerung des Zeugnisses 352; über Verweigerung des Gutachtens 367, 373; Anfechtbarkeit dieser Zwischenurteile mit Beschwerde 473[2].

Digitized by Google

Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts

von

Dr. Julius Wilhelm Planck,

ord. Professor der Rechte in München.

Erster Band: **Allgemeiner Teil.**

35 Bog. gr. 8°. Geh. 10 ℳ — In Halbfranz geb. 12 ℳ

Zweiter Band, erste Hälfte: **Das ordentliche Verfahren erster Instanz.**

22 Bog. gr. 8°. Geh. 7 ℳ 50 ₰

☛ Der Abschluss des Werkes erfolgt voraussichtlich noch im J. 1895.

Eine Besprechung im „Literarischen Centralblatt" sagt:

„Die Vorzüge, welche bekanntlich die früheren Arbeiten Planck's auszeichnen, finden sich auch bei diesem seinem neuesten Werke wieder, und machen es zu einem trefflichen Lehrbuche; vor allem grosse Klarheit, Besonnenheit, ein nie mangelnder Bonsens, Eleganz der Darstellung; überall empfindet man den Takt des erfahrenen Lehrers, und zeigt sich der Meister in dem nicht weniger, „was er weise verschweigt", als was er sagt."

Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts

von

Emanuel Ullmann,

ord. Professor der Rechte an der Universität München.

43 Bogen. gr. 8°. Preis geh. 10 ℳ 50 ₰ In Halbfranz geb. 12 ℳ 50 ₰

Prof. Dr. Fr. Ötker (Rostock) urteilt im „**Centralblatt für Rechtswissenschaft**":

„Ullmann hat nicht nur den Lernenden ein treffliches Hilfsmittel geboten. Als lehrreiche Entwickelung des Wesens und Zusammenhanges der Disziplin wird das Buch auch dem Praktiker eine sehr willkommene Gabe sein."

Der „**Gerichtssaal**" schreibt:

„Auf 676 Seiten engen Drucks, der jedoch durch vorzügliche Ausführung und gutes Papier nicht störend wirkt, behandelt das Buch alles vorhandene Material in einer Vollständigkeit, wie keines der übrigen Lehrbücher. Es erledigt in den beiden ersten Büchern allgemeine Lehren, insbesondere die Grundprinzipien des Verfahrens, dann Quellen und Litteratur des deutschen Strafprozessrechts. Das dritte Buch behandelt die Personen im Strafprozess, nämlich in gesonderten Abschnitten: Die Strafgerichte, die Parteien, und zwar den Ankläger, den Angeklagten und die Vertretung der Parteien. Der Verfasser behandelt also die Staatsanwaltschaft als Partei, nicht als Vertreter des Rechts und deshalb in § 55 Privat- und Nebenkläger neben der Staatsanwaltschaft. Das vierte Buch ist dem Strafverfahren gewidmet und zwar Abschnitt 1: dem Verfahren im Allgemeinen, Abschnitt 2: den Mitteln zur Stellung der Beschuldigten vor Gericht, Abschnitt 3: den Mitteln zur Erlangung von Objekten der Untersuchung und von Beweismitteln, Abschnitt 4: dem Beweis, Abschnitt 5: dem Verfahren in erster Instanz. Das fünfte Buch umfasst die besonderen Arten des Verfahrens, das sechste die Rechtsmittel, das siebente die Strafvollstreckung und die Kosten. Wir glauben allen Juristen das Buch als eine wahre Bereicherung der Wissenschaft und der Litteratur empfehlen zu sollen."

Strafprozeßordnung

für das Deutsche Reich

vom 1. Februar 1877

nebst dem Gerichtsverfassungs-Gesetz vom 27. Januar 1877 und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzen,

unter Berücksichtigung des Reichsgesetzes vom 5. April 1888, betreffend die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen.

Erläutert

von

M. Stenglein,

Reichsgerichtsrat.

Zweite neubearbeitete und stark vermehrte Auflage.

1889. 44¾ Bog. Lex.-8°. Preis geheftet 12 ℳ; gebunden in Halbfranz 14 ℳ

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 573 503

Digitized by Google